Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht

nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Eugen Wertheimber

Referendar aus Frankfurt a. M.

Approbiert am 6. Dezember 1905.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

89

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht

nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

ACAD. LAND. BAT. BIBL.

Eugen Wertheimber
Referendar aus Frankfurt a. M.

Approbiert am 6. Dezember 1905.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Referent: Universitätsprofessor Dr. **Sehling.**

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Teil.

§ 1. 1. Historisch-dogmatische Einleitung 1
§ 2. 2. Rechtliche Natur des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts 6

Zweiter Teil.

Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

§ 3. 1. Subjekte 12
§ 4. 2. Objekte 14
§ 5. 3. Eigentum des Schuldners 20
§ 6. 4. Besitz des Gläubigers 25
§ 7. 5. Erwerb des Besitzes 26
§ 8. 6. Die Forderungen 31
§ 9. 7. Negative Voraussetzungen des Retentionsrechts 38
§ 10. 8. Das Notzurückbehaltungsrecht 43

Dritter Teil.

Die Wirkungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

§ 11. 1. Allgemeines 48
§ 12. 2. Das Recht, die Herausgabe zu verweigern, und das Recht auf Befriedigung aus dem Retentionsobjekt 52

Vierter Teil.

§ 13. Beendigung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts . . 62

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549827_0042

Literaturverzeichnis.

A. Kommentare zum H.G.B.

Anschütz und **v. Völderndorff**, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 3. Erlangen 1874.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Mannheim 1901.

Gareis, Handausgabe des Handelsgesetzbuches mit Anmerkungen. München 1905.

Gareis-Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 2. Braunschweig 1875.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1901.

Makower, Handelsgesetzbuch. 12. Aufl. Berlin 1902.

Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. Bd. 2. Leipzig 1894.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900.

B. Lehrbücher des Handelsrechts.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Endemann, Das deutsche Handelsrecht. 4. Aufl. Leipzig 1887.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 2. Leipzig 1882.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. Berlin 1899.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 1. Abt. Stuttgart 1891; Bd. 2. 2. Abt. Erlangen 1868.

Thöl, Das Handelsrecht. Göttingen 1879.

Wächter, Das Handelsrecht nach dem deutschen Handelsgesetzbuch. 1. Teil. Leipzig 1865.

C. Monographien über das kaufmännische Retentionsrecht.

Becker, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des neuen Handelsgesetzbuchs. Göttinger Diss. 1901.

Frommhold, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des neuen H.G.B. Leipziger Diss. Dresden 1903.

Graupner, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach dem H.G.B vom 10. Mai 1897. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1903.

Korn, Das kaufmännische Retentionsrecht nach dem deutschen H.G.B. Tübinger Diss. Tübingen 1881.

Laband, in Goldschmidts und Labands Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 9. Erlangen 1866. Das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht.

Müller, Das Zurückbehaltungsrecht nach dem H.G.B. Rostocker Diss. Rostock 1901.

Neresheimer, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Erlanger Diss. München 1895.

Pick, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Rostocker Diss. Königsberg 1903.

Schrömbgens, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, verglichen mit der Kompensationsbefugnis und dem Pfandrecht. Erlanger Diss. Kaldenkirchen 1899.

Schulze, Das Verhältnis des handelsrechtlichen Zurückbehaltungsrechts zu dem des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipziger Diss. Cöthen 1904.

Sievers, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Leipziger Diss. Leipzig 1904.

Sonnenschein, Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Erlanger Diss. Werden a. d. Ruhr 1905.

Volmer, Über den Unterschied des kaufmännischen Retentionsrechts von dem des gemeinen Rechtes. Erlanger Diss. Berlin 1895.

Wackerbauer, Das kaufmännische Retentionsrecht nach dem deutschen H.G.B. Erlanger Diss. Straubing 1891.

D. Weitere Literatur.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3. 2. Aufl. Halle 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Fuchsberger, Sämtliche Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und Reichsgerichts auf dem Gebiete des Handelsrechts. 3. Aufl. Gießen 1900.

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6: Materialien zum H.G.B. Berlin 1901.

Litthauer, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 13. Aufl. Berlin 1905.

Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. 2. Teil Würzburg 1858; 3. Teil Würzburg 1858; 9. Teil Würzburg 1861.

Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. Jena 1904.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.

Erster Teil.

§ 1.

1. Historisch-dogmatische Einleitung.

Die ersten deutlichen Spuren eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes finden sich, wie die so vieler Rechtsinstitute des Handelsrechts, in den Statuten der oberitalienischen Städte, und zwar hier namentlich in den Statuten von Florenz und Genua aus der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts.[1])

Der lebhafte Handel und zumal auch der ausgedehnte Kreditverkehr, der sich dort im Laufe des Mittelalters entwickelt hatte, hatte notwendig auch eine Herausbildung mannigfacher neuer Formen des Kreditwesens zur Folge. Je verzweigter die Handelsbeziehungen sind und namentlich je weniger der einzelne Kaufmann in der Lage ist, die Kreditwürdigkeit seines Geschäftsfreundes in jedem Augenblicke zu beurteilen, um so mehr wird er danach streben, sich gegen etwa eintretende Unsicherheit seines Schuldners zu sichern.

---

[1]) Goldschmidt Bd. 1 Abt. 2 S. 999. „Der Florentiner Statuto di mercanzia von 1577 lib. 3 sub 2 ‚dei cessanti e fuggitivi' gewährt Kaufleuten untereinander schlechthin ein gesetzliches Pfandrecht an allen in ihren Händen befindlichen oder zu ihrer Verfügung stehenden Gütern ihres falliten Schuldners wegen aller Forderungen ohne Unterschied." „Die revidierten Statuten von Genua 1589 lib. 4 tit. 14 de compensationibus gewähren jedem Gläubiger gegen den falliten Schuldner auch wegen betagter Forderungen ein Kompensations- und Retentionsrecht an allen dem Schuldner gehörigen Geldern und Waren."

Hierzu bot nun zwar schon das gemeine Recht eine Anzahl Rechtsinstitute, wie die Bürgschaft, das Pfandrecht, die Kompensation und die Retention.

Während dem Gläubiger durch die Bürgenbestellung die Möglichkeit gegeben wird, die Wahrscheinlichkeit seiner Befriedigung dadurch zu erhöhen, daß ein ihm als solvent bekannter Mann sich neben dem Schuldner zur Erfüllung der Schuld verpflichtet, wird dieses Ziel bei der Pfandbestellung dadurch erreicht, daß dem Gläubiger die Befugnis zusteht, sich durch Verkauf der Pfandsache bei Nichtzahlung der Schuld zu befriedigen. Durch das Rechtsinstitut der Kompensation ist der Gläubiger dann gedeckt, wenn er selbst seinem Schuldner einen Betrag in mindestens derselben Höhe schuldig ist, wie dieser ihm verschuldet. Die Retention (des bürgerlichen Rechts) endlich gewährt dem Gläubiger dann eine Sicherheit, wenn er selbst verpflichtet ist, eine mit seiner Forderung konnexe Gegenforderung seines Schuldners zu erfüllen. Dann kann er nämlich diese Erfüllung bis zur Erfüllung seiner Gegenforderung verweigern und übt er hierdurch auf den Schuldner einen Druck aus, ihn zu befriedigen.

Einem entwickelten Kreditverkehr, wie wir ihn im mittelalterlichen Oberitalien vor uns haben, konnten diese gemeinrechtlichen Rechtsinstitute aber auf die Dauer nicht genügen. Nicht jeder ist in der Lage, sichere Bürgen zu stellen, denn nicht leicht wird sich jemand für einen Schuldner von fraglicher Solvenz verbürgen. Die Möglichkeit der Aufrechnung ist nicht häufig gegeben, wenn ihr auch durch die Entwicklung des Kontokorrentverkehrs, wie er in Oberitalien im Laufe des späteren Mittelalters stattgefunden hatte, und ebenso auch in der Skontration neue wichtige Anwendungsgebiete entstanden waren. Auch das vertragsmäßige Pfandrecht konnte nicht allen Bedürfnissen des kaufmännischen Verkehrs genügen, obwohl auch dieses ebenfalls mancherlei neue Gestal-

tungen, wie z. B. im Lombard- und Depotgeschäft erfahren hatte. Denn im Verlangen der Pfandbestellung erblickt der Kaufmann leicht einen Ausdruck des Mißtrauens und betrachtet eine solche Zumutung als gegen seine kaufmännische Ehre verstoßend.[1] Es tritt hinzu, daß, da der Kaufmann nicht immer die Höhe seines jeweilig gewährten Kredits übersehen kann, ein vertragsmäßig bestelltes Pfand, selbst wenn es nicht für eine bestimmte Forderung, sondern für alle aus dem Geschäftsverkehr entspringenden Forderungen bestellt ist, sich leicht als zur Deckung der Forderung des Gläubigers unzulänglich erweisen wird.

Das Retentionsrecht des gemeinen Rechts war besonders infolge des Erfordernisses der Konnexität von sehr beschränkter Anwendungsfähigkeit. Zudem versagte es gegenüber dem in Konkurse befindlichen Schuldner in bei weitem den meisten Fällen völlig[2] im Gegensatz zu den vorher erwähnten Instituten. Da aber der Kaufmann ja gerade für den Fall der Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners sicher gehen wollte, konnte ihm dieses Institut nur von geringem Vorteil sein.

Es drängte daher die Entwicklung nach einem umfassenderen kaufmännischen Deckungsrecht, das geeignet war, den kaufmännischen Gläubiger, der einem anderen Kaufmann Kredit gewährte, in zulänglicher Weise vor Verlusten zu schützen, da Bürgenbestellung, die zudem nur geringere Sicherheit gewährt als die durch Pfandbestellung erzielte,[3] aber auch die Pfandbestellung, die, wie oben erwähnt, unter Kauf-

[1] Ebenso Goldschmidt I, 2 S. 997.

[2] Nur im Falle der Ziff. 3 des § 49 K.O. berechtigt es im Konkurse zur abgesonderten Befriedigung.

[3] vgl. l. 25 D. de R.J. 50, 17: „plus cautionis est in re quam in persona."

leuten häufig unbeliebt ist, den Anforderungen des Handelsverkehrs nicht mehr allein gerecht zu werden vermochten.

Es bildete sich daher unter den Kaufleuten die Überzeugung, daß dem Gläubiger jeder Vermögensgegenstand des Schuldners, den der Gläubiger in Händen hatte, zur Deckung für alle seine durch den Geschäftsverkehr mit ihm entstandenen Forderungen dienen müsse, besonders dann, wenn der Schuldner in Konkurs gerät.[1])

So bildete sich in den oberitalienischen Städten ein kaufmännisches Zurückbehaltungs- und Selbstbefriedigungsrecht heraus, das im Konkurse den Rechten aller anderen Gläubiger vorging und sogar wegen nicht fälliger Forderungen geltend gemacht werden konnte.

Es beruhte dieses Recht, abgesehen von der erwähnten Überzeugung der beteiligten Kreise, auf Analogie der Kompensation. Unter Kaufleuten wird nämlich Handelsware nur unter dem Gesichtspunkt ihres Geldwertes betrachtet. Ob daher einer Geldforderung auf der einen Seite eine Geldforderung auf der andern, oder aber eine Forderung auf Handelsware gegenüberstand, erschien gleichgültig. Auch hier wurde eine Art Kompensationsmöglichkeit als vorliegend betrachtet. Aus dieser Analogie der Kompensation ergibt sich auch die Bevorzugung im Konkurse; denn auch die Kompensation gibt das Recht, am Konkurse nicht teilnehmen zu brauchen (§ 53 K.O.), und ebenso erklärt sich auch das Erfordernis der Fälligkeit außerhalb des Konkurses und die Ausdehnung auf nicht fällige Forderungen im Konkurse des Schuldners aus der Analogie der Kompensation (vgl. § 54 K.O.).

Bei dem großen Einfluß des weitverzweigten italienischen Handels auf die übrigen Länder Europas konnte es nicht

---

[1]) vgl. Goldschmidt a. a. O. I, 2 S. 998.

ausbleiben, daß das Institut des kaufmännischen Deckungsrechts auch in ihnen allmählich Aufnahme fand. In Deutschland namentlich wurde dies sehr erleichtert durch manche alte deutsche Rechtsgedanken von unverkennbarer Ähnlichkeit.[1]) So gestattete z. B. das altdeutsche Recht den Handwerkern, sich für ihre Lohnforderungen aus dem retinierten Objekte zu befriedigen,[2]) und auch die Viehschüttung gewährt im späteren Rechte eine Verkaufsbefugnis, während sie im älteren Rechte nur ein bloßes Rückbehaltungsrecht war.

In Deutschland begegnet uns das kaufmännische Deckungsrecht vor allem in den Statuten, Wechselordnungen und Fallitgesetzen der Handelsstädte, so derer von Augsburg, Nürnberg, Frankfurt a. M., Leipzig, Hamburg, Bremen, mit teils größeren, teils geringeren Einschränkungen.

Die partikuläre Rechtsverschiedenheit gerade auch auf diesem Gebiet war außerordentlich groß, um so größer war das Bedürfnis nach einer einheitlichen Regelung, wie sie durch die in Nürnberg tagende Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches erfolgen sollte. Der Kommission lagen eine Reihe von Entwürfen vor, in denen das Institut eine sehr voneinander abweichende Behandlung erfahren hatte. Bestimmend ist für die definitive Fassung des Gesetzes nach langen Beratungen, in denen der Umfang des zu schaffenden kaufmännischen Sonderrechts Gegenstand lebhafter Kontroversen war[3]), in erster Linie der österreichische Entwurf gewesen,[4]) namentlich unter dem Ein-

---

[1]) vgl. Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht S. 78 f.

[2]) Goldschmidt a. a. O. I, 2 S. 986 Anm. 19.

[3]) Das Nähere siehe bei Goldschmidt a. a. O. I, 2 S. 1015 f.

[4]) Die Bestimmungen desselben lauteten: „Protokollirten Handelsleuten kommt für alle ihre aus Handelsgeschäften entspringenden Forderungen auf Waren oder anderes bewegliches Vermögen ihres Schuldners, welches durch Handelsaufträge oder auf andere rechtmäßige Weise in

fluß der kaufmännischen Interessenten, denen dieser Entwurf als der am weitesten gehende am meisten zusagte.

In der Neufassung des Gesetzes vom 10. Mai 1897 zeigen die einschlägigen Bestimmungen (§§ 369—372) des Handelsgesetzbuches keine sehr erheblichen Abweichungen von denen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches (Art. 313 bis 316), so daß es genügen wird, diese Abweichungen bei der Darstellung des geltenden Rechts hervorzuheben.

§ 2.

2. Rechtliche Natur des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes.

Wollen wir die rechtliche Natur unseres Institutes erforschen, so dürfen wir uns nicht an den Namen „Zurückbehaltungsrecht" halten, den ihm das Gesetz gibt,[1]) denn das Gesetz will keine wissenschaftliche Definition geben, sondern regelt nur seine Voraussetzungen, seinen Inhalt, seine Wirkungen und seine Geltendmachung, ohne aber der wissenschaftlichen Konstruktion unseres Instituts präjudizieren zu wollen.

In der Wissenschaft ist die Natur des kaufmännischen Retentionsrechts sehr bestritten. Laband[2]) bezeichnet es als

---

ihre Innehabung gekommen ist, das gesetzliche Pfandrecht zu, daraus, unbeschadet früherer Ansprüche dritter Personen, vorzugsweise ihre Befriedigung zu erlangen; andern Gläubigern kann darauf nur in Ansehung des Restes, welcher nach Befriedigung dieser Handelsforderungen erübrigt, mit Wirksamkeit Verbot oder Exekution erteilt werden."

[1]) Um so weniger, als die Gründe, die das Gesetz zur Wahl des Namens veranlaßten, rein äußerlicher Natur waren; vgl. Protokolle S. 1348 ff., dazu Laband in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 9 S. 484.

[2]) S. 484, ähnlich Anschütz u. v. Völderndorff, Kommentar S. 193 „Zurückbehaltungsrecht mit gewissen Wirkungen des Pfandrechts"; Schlegelberger a. a. O. S. 192 ff.; Puchelt, Kommentar S. 852.

ein „qualifiziertes Retentionsrecht“. Mit Recht bemerkt Goldschmidt[1]) hierzu, daß diese Definition keinen Aufschluß über seine juristische Natur gebe, da damit nur gesagt sei, daß es den juristischen Charakter eines Retentionsrechtes habe, von dessen regelmäßiger Gestalt aber in gewissen Beziehungen abweiche. Es bliebe aber fraglich, inwiefern diese Abweichungen noch mit dem Charakter eines Retentionsrechtes vereinbar wären. Goldschmidt verneint dies mit Recht, denn dem Begriffe des Retentionsrechtes widerstreitet das Recht, sich sogar vor den dinglich Berechtigten aus der Sache zu befriedigen, sicherlich.

Wächter[2]) bezeichnet das Retentionsrecht als eine Art Kompensation. Wenn es nun in seinem legislatorischen Grunde auch sicherlich viel Gemeinsames mit dem Kompensationsrecht hat, wenn auch gewiß die ratio legis zum Teil die gleiche ist, so kann doch von einer eigentlichen Kompensation von Geld mit Waren kaum die Rede sein. Zudem erfordert das Retentionsrecht zu seiner Geltendmachung einen vollstreckbaren Titel und ist unter Umständen auch außerhalb des Konkurses bei nicht fälligen Forderungen gegeben.

Auch als ein stillschweigend vereinbartes Pfandrecht läßt sich das kaufmännische Deckungsrecht nicht erklären, da es ja unter Umständen auch entgegen dem Willen des Schuldners entstehen kann.

Goldschmidt[3]) bezeichnet es als ein „eigentümliches

---

[1]) a. a. O. I, 2 S. 1030.

[2]) Handelsrecht S. 139 Anm. 25: „Das Retentionsrecht ist wie eine Art Kompensationsbefugnis zu betrachten; man hat sich die Sache hierbei so zu denken, als wenn die im Besitze des Gläubigers befindlichen Waren und sonstigen beweglichen Sachen, welche jeden Augenblick zu Gelde gemacht werden können, gleich Geld seien, mit welchem kompensiert wird usw.“

[3]) a. a. O. I, 2 S. 1031.

Rechtsinstitut, und zwar seinem überwiegenden Charakter nach, weil es das Recht der Befriedigung aus fremden Sachen zum Zwecke der Sicherung von Forderungen gewährt", als „ein gesetzliches Pfandrecht, aber in vielen Beziehungen mit den schwächeren Wirkungen eines Retentionsrechtes, in einzelnen Beziehungen nach Art eines Arrest- und anderen nach Art eines Kompensationsrechtes gestaltet".

Diese Auffassung als eines Rechts sui generis dürfte die zutreffende sein, und sie ist auch die in der Praxis herrschende. So sieht z. B. das ehemalige Reichsoberhandelsgericht in einer Entscheidung vom 2. März 1871 [1]) im kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht „ein gesetzliches Pfandrecht, welches in einzelnen Wirkungen nach Art eines gemeinen Retentionsrechtes abgeschwächt, in anderen ähnlich einem Kompensationsrecht ausgerüstet" ist.

Kontrovers ist auch die Frage, ob im kaufmännischen Deckungsrecht ein obligatorisches oder ein dingliches Recht zu erblicken sei.

Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller erkennt ihm nur obligatorische Wirkung zu. Vertreter der entgegengesetzten Ansicht ist namentlich Staub.[2]) Wie er diese Ansicht für das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch vertrat, so glaubt er sie auch heute noch aufrechterhalten zu können. Zwar muß er zugeben, daß nach der Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches [3]) der Gesetzgeber nicht beabsichtigte, dem Deckungsrecht dingliche Wirkung zu verleihen,

[1]) R.O.H.G. Bd. 3 S. 77.

[2]) Kommentar S. 1215 ff. Anm. 38; ebenso Makower, Kommentar S. 1050 ff.; Schrömbgens a. a. O. S. 55; Gareis, Das deutsche Handelsrecht § 369 Anm. 7 S. 345 f.; Caesar, Dissertation S. 45.

[3]) Bei Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien usw. Bd. 6 S. 366 ff., S. 212 des Entwurfs.

allein er meint, „das Gesetz hat es doch immerhin nicht ausgesprochen, daß das Retentionsrecht ein bloß obligatorisches sei, und die Wissenschaft hat daher wiederum freie Bahn".[1]) Dem gegenüber muß aber darauf hingewiesen werden, daß der Gesetzgeber mit der Neueinführung der Bestimmung:

> „Einem Dritten gegenüber besteht das Zurückbehaltungsrecht *insoweit*" (d. h. „*nur* insoweit"), „als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können",

es klar zum Ausdruck gebracht hat, daß das Recht nicht gegen *jeden* Dritten wirken soll, also nicht dinglich ist.[2]) Es wirkt also zwar gegen den neuen Eigentümer, der durch Abtretung des Herausgabeanspruches seitens des Schuldners sein Eigentum erworben hat, gemäß § 986 II B.G.B. Es wirkt aber nicht gegen den Dritten, der das Eigentum an der Sache originär, z. B. durch Ersitzung, erworben hat. Eine Folge dieser rein obligatorischen Natur des kaufmännischen Retentionsrechtes ist, daß es zwar einem später entstehenden vertragsmäßigen Pfandrecht vorgeht, denn dem neuen Pfandgläubiger kann ja der Retinent eine der des § 986 Abs. 2 B.G.B. analoge Einrede entgegensetzen,[3]) nicht aber dem später

---

[1]) *Staub* S. 1216 Anm. 38 zu § 369.

[2]) Ebenso *Düringer-Hachenburg*, Kommentar S. 567; *Lehmann-Ring*, Kommentar S. 91 Anm. Nr. 20 zu § 369; *Dernburg*, Das bürgerl. Recht S. 789; *Cosack*, Lehrbuch S. 131; *Müller*, Dissertation S. 32; *Schulze*, Dissertation S. 55; *Sonnenschein*, Dissertation S. 55; *Sievers*, Dissertation S. 53.

[3]) § 986 II: „Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 (d. h. durch Abtretung des Herausgabeanspruches) veräußert worden ist, kann dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen", bezieht sich zunächst nur auf das Verhältnis des Besitzers, also hier des Retinenten, zum neuen *Eigentümer*. Die Bestimmung muß aber auch bei *Belastung*

entstandenen gesetzlichen Pfandrecht. Es ist unrichtig, wenn Staub[1]) unter Berufung auf § 1257 B.G.B., wonach die Vorschriften über das vertragsmäßige Pfandrecht auf das gesetzliche entsprechende Anwendung finden, meint, auch dem später entstandenen gesetzlichen Pfandrecht gegenüber müsse das Retentionsrecht durchgreifen. Denn ein Fall, daß ein gesetzliches Pfandrecht durch „Übertragung des mittelbaren Besitzes" seitens des Schuldners (B.G.B. § 1205 II) entstehen könnte, mithin dem Retinenten nach § 369 II H.G.B. eine der Einrede des § 987 II B.G.B. analoge zustehen könnte, ist undenkbar.

Die Frage, ob das kaufmännische Retentionsrecht stets, wenn seine Voraussetzungen erfüllt sind, geltend gemacht werden kann, auch dann, wenn dem Gläubiger andere Sicherungsmittel zustehen, wie Faustpfänder, Hypotheken, ist im Gesetze nicht beantwortet. In der Literatur sind die Ansichten geteilt. Während Thöl[2]) die Subsidiarität verneint, behaupten sie v. Hahn[3]) und Goldschmidt.[4]) Das Richtige dürfte sein, die Subsidiarität zu verneinen.[5]) Es geht nicht wohl an, aus dem Umstand, daß der Schuldner nach § 369

---

analog gelten, also auch gegenüber dem Pfandgläubiger, der durch Übertragung des mittelbaren Besitzes (§ 1205 II) sein Pfandrecht erworben hat. Ebenso Staub, Kommentar S. 1214 Anm. 32 zu § 369 und die dort Zitierten: Biermann, Kommentar zum B.G.B. § 1227 Anm. 1 und Gierke, Fahrnisbesitz Nr. 44.

[1]) a. a. O. Anm. 33 zu § 369 S. 1214 ff.

[2]) Das Handelsrecht Bd. 1, 2 S. 132 Note 60.

[3]) v. Hahn, Kommentar § 15 zu Art. 313 S. 182.

[4]) Goldschmidt a. a. O. Bd. 1, 2 S. 1048 Anm. 69

[5]) Ebenso Korn, Dissertation S. 24 f. und daselbst zitiert: Erkenntnis des ehemaligen preußischen Obertribunals in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 17 S. 194; a. M. R.O.H.G. Bd. 2 Nr. 86 S. 383; Graupner, Dissertation S. 13 f.; Puchelt, Kommentar S. 856 Müller, Dissertation S. 36; Sievers, Dissertation S. 56.

Abs. 4 H.G.B. die Möglichkeit hat, durch Sicherheitsleistung die Ausübung des Retentionsrechts auszuschließen, die Folgerung zu ziehen, daß auch eine nicht mit Rücksicht auf das Zurückbehaltungsrecht gewährte anderweitige Sicherheit dieselbe Wirkung habe. Denn diese Gesetzesbestimmung bezweckt nur, dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, die Zurückbehaltung in solchen Fällen abzuwenden, wo er ein besonderes Interesse daran hat, daß die Ware nicht zurückbehalten werde, weil ihm daraus ein unverhältnismäßiger Schaden droht. Es ist aber nicht einzusehen, warum dem Gläubiger nicht das häufig leichter zu realisierende Rückbehaltungsrecht elektiv neben der sonstigen Sicherheit zustehen sollte. Auch hätte wohl dies im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden müssen.

Das Zurückbehaltungsrecht ist ein akzessorisches Recht. Es kann ohne einen Anspruch, zu dessen Sicherung es dient, weder entstehen noch fortbestehen. Es ist aber nicht etwa in dem Sinne akzessorisch, daß es mit der Forderung auf den Erwerber überginge. Vielmehr ist es unübertragbar.

Selbstverständlich ist, daß es durch Vertrag ausgeschlossen werden kann. Das war im alten allgemeinen deutschen Handesgesetzbuch Art. 316 ausdrücklich ausgesprochen, die Bestimmung ist aber als überflüssig ins neue Handelsgesetzbuch nicht aufgenommen worden.

Zweiter Teil.

Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

§ 3.

1. Subjekte.

Das kaufmännische Retentionsrecht kann nur von einem Kaufmann ausgeübt werden.[1]) Wer Kaufmann ist, wird im H.G.B. in den §§ 1—7, § 161, § 210 II, § 320 III bestimmt, ferner in den Reichsgesetzen betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889 § 17 (Neufassung vom 20. Mai 1898) und betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (neue Fassung vom 20. Mai 1898) § 13 III. Kaufmann ist hiernach, wer ein Handelsgewerbe betreibt. „Betreiben" heißt, im eigenen

[1]) Der erste Entwurf des allgemeinen deutschen H.G.B. Art. 262 verlangte im Anschluß an § 50 des österreichischen Entwurfs, der sich seinerseits wieder der österreichischen Wechselordnung von 1763 anschloß, Kaufmannseigenschaft nur auf seiten des Retinenten und gewährte dem kaufmännischen Gläubiger auch gegen den Nichtkaufmann das Deckungsrecht. Hiergegen wurde in der Nürnberger Konferenz — S. 1348 ff. der Protokolle — der Einwand gemacht, hierin läge eine ungerechtfertigte Bevorzugung der kaufmännischen Gläubiger namentlich im Konkurse des nichtkaufmännischen Schuldners. In dieser Erwägung wurde das Retentionsrecht auf die Anwendung unter Kaufleuten beschränkt.

Namen führen oder führen lassen. Der Prokurist ist z. B. nicht Kaufmann, ebensowenig der Handlungsgehilfe,[1]) wohl aber kann es auch ein Nichtgeschäftsfähiger sein, nicht ist es der Aktionär, der Kommanditist. Dagegen ist Kaufmann der Komplementar einer Handelsgesellschaft.

Welche Gewerbe Handelsgewerbe sind, ergibt sich aus der Aufzählung des § 1 Abs. 2 H.G.B. Ferner ist Kaufmann der nach § 2 und § 3 H.G.B. im Handelsregister Eingetragene (die sogen. Soll- und Kannkaufleute). Kaufmann ist auch der Minderkaufmann des § 4 H.G.B. Auch der ist Kaufmann, der im Handelsregister zu Unrecht, obwohl sein Gewerbe kein Handelsgewerbe ist, eingetragen worden ist (§ 5), und zwar auch dann, wenn nachträglich die Löschung des Eintrags erfolgt, d. h. in einem späteren Momente, als die Kaufmannseigenschaft erfordert wird.[2]) Kaufleute sind ferner die Handelsgesellschaften, insoweit sie die in den §§ 1—5 H.G.B. gegebenen Bedingungen erfüllen. Die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sind Kaufleute. Die Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind es auch dann, wenn sie kein Handelsgewerbe betreiben. Das Reich, die Bundesstaaten und die Kommunalverbände sind, was freilich bestritten ist, Kaufleute, insoweit sie Handelsgewerbe betreiben, z. B. Eisenbahnen, Manufakturen, Banken, Badehäuser, Gasanstalten, auch brauchen sie nicht in das Handelsregister eingetragen zu werden (§ 36); dagegen sind gemäß ausdrücklicher Bestimmung Nichtkaufleute die Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten (§§ 452, 663 H.G.B.).

Die Kaufmannseigenschaft endet mit der Beendigung des Handelsgewerbes, also mit dem Schluß der Liquidation des-

[1]) R.O.H.G. Bd. 24 S. 113 ff.

[2]) Ebenso Düringer-Hachenburg S. 559. Wann dies ist, darüber unten.

selben. Ist ein Kaufmann in Konkurs geraten, so hört er dann nicht auf Kaufmann zu sein, wenn er fortfährt, gewerbsmäßig Handelsgeschäfte zu betreiben.[1])

Wann muß nun die Kaufmannseigenschaft auf seiten des Retinenten und auf seiten des Schuldners vorhanden sein? Es genügt nicht, daß sie nur zur Zeit der Entstehung der Forderung gegeben ist. Denn sonst wäre die Hervorhebung des Erfordernisses der Kaufmannseigenschaft des Retinenten und des Retentionsgegners überflüssig, da ja die Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften hervorgegangen sein muß, die doch nur zwischen Kaufleuten möglich sind. Vielmehr muß die Kaufmannseigenschaft beider Beteiligter im Augenblicke der Entstehung des Retentionsrechts gegeben sein.[2]) Dies ist aber dann entstanden, wenn der Gläubiger in den Besitz der retinierten Sache gekommen und die Forderung fällig geworden oder nach § 370 H.G.B. die Rückhaltung begründet ist.[3])

§ 4.

2. Objekte.

Das kaufmännische Retentionsrecht hat zum Gegenstande bewegliche Sachen und Wertpapiere des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in des Gläubigers Besitz gelangt sind. Von der Retention gänzlich ausgeschlossen sind also Immobilien. Im alten allgemeinen

---

[1]) R.G. Bd. 13 S. 152.

[2]) Ebenso Staub, Kommentar Anm. 2, 5 zu § 369 S. 1208; Makower, Kommentar S. 1040; Lehmann-Ring, Kommentar S. 86 Nr. 2; Düringer-Hachenburg, Kommentar S. 559.

[3]) Anderer Ansicht Goldschmidt S. 1045 Anm. 56, der schon vor der Fälligkeit das Retentionsrecht bestehen läßt, ohne daß es aber ausgeübt werden könnte.

deutschen Handelsgesetzbuch folgte dies schon aus Art. 275, wonach Grundstücke nicht Gegenstand von Handelsgeschäften sein konnten. Das neue Handelsgesetzbuch hat diese Bestimmung aber nicht aufgenommen. Vielmehr sind nach ihm Handelsgeschäfte „alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören", also auch Verträge über Grundstücke, z. B. das Mieten von Kontorräumen. Auch an Rechten kann ein Retentionsrecht nicht ausgeübt werden, es sei denn, daß sie in einem Papiere verbrieft sind, das den Charakter eines Wertpapiers hat. Denn Rechte sind im Sinne des Handelsgesetzbuches keine Sachen, vielmehr versteht dieses wie das B.G.B. § 90 unter Sachen nur körperliche Gegenstände.

Hier unterscheidet sich das Retentionsrecht des Handelsgesetzbuches in sehr wesentlicher Weise von dem des Bürgerlichen Gesetzbuches. Denn dieses kennt nicht nur eine Zurückbehaltung von beweglichen Sachen und Wertpapieren des Schuldners, sondern es berechtigt, „die geschuldete Leistung zu verweigern" (§ 273 B.G.B.), also z. B. auch eine eigene Sache zurückzubehalten, eine geschuldete Handlung nicht vorzunehmen, ein Recht nicht zu übertragen, eine Geldsumme nicht zu zahlen. Alle diese Befugnisse gewährt das kaufmännische Retentionsrecht nicht. Was vor allem die Zurückbehaltung von Geld anbetrifft, so ist diese auch nach dem kaufmännischen Retentionsrecht in einem Falle möglich, nämlich dann, wenn es sich nicht um die Zurückbehaltung des Geldes in seiner Eigenschaft als Wertquantität, also einer Geldsumme, handelt — der Besitz einer solchen würde vielmehr gegebenenfalls zur Kompensation berechtigen — sondern um Geld in specie, also von einzelnen Geldstücken oder Geldrollen oder Säcken. Das kaufmännische Retentionsrecht kann also nicht ausgeübt werden an Geldern, die als depositum irregulare eingezahlt sind, da hier die Geldstücke nicht in specie aufbewahrt zu

werden brauchen.[1]) Eine Sachgesamtheit (Bibliothek, Herde) kann nicht Gegenstand eines Retentionsrechtes sein, wohl aber können dies sein einzelne Gegenstände oder auch alle einzelne Gegenstände (Bücher, Tiere). Ebensowenig ist Objekt des Retentionsrechts ein Vermögensinbegriff, wie ein Nachlaß, ein Vermögen, ein Handelsgeschäft. Nicht retinierbar sind bewegliche Sachen, die einem gesetzlichen Veräußerungsverbot unterliegen (§ 134 B.G.B.), es sei denn, daß dieses nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt. Dann ist es gemäß § 135 B.G.B. nur diesen Personen gegenüber unwirksam.

Neben den beweglichen Sachen bezeichnet das Gesetz als Gegenstände des Retentionsrechtes die Wertpapiere. Hierunter sind allgemein solche Papiere zu verstehen, deren Besitz für die Ausübung des in ihnen verbrieften Rechts sowie für dessen Übertragung unentbehrlich ist, dergestalt, daß die Übertragung des Papiers die Übertragung des Rechts bedeutet, aber hier mit der Beschränkung, daß nur für den Handelsverkehr bestimmte Wertpapiere für das kaufmännische Retentionsrecht in Betracht kommen. Dies ist zwar bestritten, ist aber mit Staub[2]) anzunehmen als Folge der eminent kaufmännischen Natur des kaufmännischen Retentionsrechts, das nur entstehen kann zwischen Kaufleuten aus Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften und nur an Sachen, die durch Handelsgeschäft in den Besitz des Gläubigers gelangt sind. Auch hatte das allgemeine deutsche H.G.B. in Art. 271 I hervorgehoben, daß es nur solche Wertpapiere, die für den Handelsverkehr bestimmt sind, im Auge habe, und die Denkschrift zum Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches[3]) sagt, daß das neue Handelsgesetzbuch von dieser Auffassung nicht

[1]) R.G. Bd. 12 S. 20, 80, 91.
[2]) a. a. O. Anm. 14 S. 1209.
[3]) S. 10 bei Hahn-Mugdan, Materialien S. 196.

abweichen wolle. Wann nun ein Wertpapier für den Handelsverkehr bestimmt ist, wird in erster Linie durch seine Negotiabilität bestimmt. Es kommen also vor allem in Betracht: Schuldverschreibungen auf den Inhaber, Inhabergrundschuldbriefe, Inhaberaktien, ferner Wechsel, Checks, kaufmännische Anweisungen und Verpflichtungsscheine, Namensaktien, insoweit diese Papiere an Order lauten und den Retinenten als den aus ihnen Berechtigten enthalten, ebenso wie alle anderen indossablen Papiere, insofern sie auf den Retinenten giriert sind, diesen als Remittenten enthalten oder Blankogiro tragen. Lauten sie nicht auf ihn, so hat der Retinent nicht die Möglichkeit der Befriedigung aus den Urkunden, könnte also durch die Retention nur bezwecken, einen Druck auf den Schuldner auszuüben, um ihn zur Leistung zu zwingen. Dies ist aber nicht der Hauptzweck des Retentionsrechts. Dieses Recht ist vielmehr seiner ganzen historischen Entwicklung nach ein Deckungs- und Befriedigungs-, kein Zwangsrecht.[1]) Nicht sind dagegen dem Retentionsrecht unterworfen die Rektapapiere, da es zu ihrer Übertragung der Zession bedarf, so daß ihre Negotiabilität sehr beschränkt ist. Es kommt hinzu, daß dem Zessionar eines solchen Papiers alle Einreden aus der Person des Zedenten entgegengesetzt werden können, wenn solche zur Zeit der Abtretung dem Schuldner zustanden (§ 404 B.G.B.), was die Qualifikation dieser Papiere für den Handelsverkehr ebenfalls ausschließt.[2]) Ferner unterliegen dem Retentionsrecht nicht solche Urkunden, die bloß zum Beweise von Rechten dienen, ohne selbst eine Forderung zu verkörpern.

---

[1]) Ebenso Makower a. a. O. S. 1042; dagegen Lehmann-Ring a. a. O. S. 88 Nr. 9; Schlegelberger a. a. O. S. 197.

[2]) Ebenso Staub a. a. O. S. 1210 Anm. 15; Frommhold, Dissertation S. 28.

Man könnte nun auf den Gedanken kommen, sie als bewegliche Sachen zurückzubehalten, und tatsächlich hat sich das ehemalige Reichsoberhandelsgericht auf diesen Standpunkt gestellt.[1]) Dies entspricht aber nicht dem Wesen des Retentionsrechts, das, wie oben dargelegt, in erster Linie Sicherung durch event. Verkauf bezweckt, nicht aber Pression, daher an Gegenständen ohne selbständig realisierbaren Vermögenswert ausgeschlossen ist. Diese Auffassung hat auch im Gegensatz zum Reichsoberhandelsgericht das Reichsgericht und mit ihm die herrschende Meinung[2]) angenommen. Dagegen wird man mit dem Reichsgericht[3]) gegen Staub[4]) annehmen müssen, daß Aktien und Interimsscheine, deren Übertragung an die Einwilligung der Gesellschaft gebunden ist, retinierbar sind. Nach dem alten Handelsgesetzbuch war dies angesichts des Wortlauts des Art. 313 in Verbindung mit Art. 271 I wohl weniger zweifelhaft als heute. Denn Art. 273 spricht von Aktien oder anderen für den Handelsverkehr bestimmten Wertpapieren. Demnach sind alle Aktien für den Handelsverkehr bestimmte Wertpapiere. Die vinkulierte Namensaktie ist aber auch eine Aktie, mithin Wertpapier des Handels-

---

[1]) R.O.H.G. Bd. 3 (33) S. 160, Bd. 9 (75) S. 243.

[2]) Wie im Text: R.G. Bd. 15 S. 58, 59, Bd. 16 S. 172, Bd. 29 S. 301; Staub a. a. O. S. 1210 Anm. 15; Lehmann-Ring a. a. O. S. 87 Nr. 7; Puchelt a. a. O. S. 854; Schrömbgens a. a. O. S. 14; Volmer, Dissertation S. 30; Dernburg, Das bürgerliche Recht S. 788; Cosack, Lehrbuch S. 129; Schlegelberger a. a. O. S. 192; Sievers, Dissertation S. 14; Sonnenschein, Dissertation S. 28; anderer Ansicht Makower a. a. O. S. 1043; Korn, Dissertation S. 35; Neresheimer, Dissertation S. 20; Gareis-Fuchsberger, Kommentar S. 663 Nr. 279; Endemann, Handelsrecht S. 355, Handbuch S. 102; Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 561; Caesar, Dissertation S. 20 ff.

[3]) R.G. Bd. 36 S. 38 ff.

[4]) Staub a. a. O. S. 1210 Anm. 16.

verkehrs, also retinierbar. Das neue Handelsgesetzbuch enthält eine Bestimmung, aus der zu schließen ist, daß alle Aktien als Wertpapiere des Handelsverkehrs gelten sollen, nicht. Immerhin wird man auch heute, trotz der Unbequemlichkeit der Übertragung, vinkulierte Namensaktien und Interimsscheine als für den Handelsverkehr bestimmte Wertpapiere betrachten dürfen. Auch der Umstand, daß die Verkaufsmöglichkeit dieser Papiere, falls sie retiniert werden, infolge der erforderlichen Zustimmung der Gesellschaft zweifelhaft ist, kann nicht dahin führen, sie aus demselben Gesichtspunkte wie die bloßen Beweisurkunden für nicht retinierbar zu erklären. Denn diese Papiere haben ja einen selbständigen Vermögenswert und sind prinzipiell veräußerlich. Wenn allerdings die Genehmigung zur Übertragung verweigert wird, so ist eine trotzdem vorgenommene Übertragung nichtig. Der Dritte erwirbt aus ihr, auch wenn er im guten Glauben ist, kein Recht. Denn nach § 413 in Verbindung mit § 399 B.G.B. kann ein Recht nicht übertragen werden, wenn die Übertragung durch Vereinbarung mit dem Verpflichteten, hier der Aktiengesellschaft, ausgeschlossen ist. Aber die Möglichkeit, daß die Genehmigung im einzelnen Falle verweigert wird, kann ebensowenig dahin führen, ihnen die Qualität retinierbarer Papiere zu nehmen, wie etwa der Umstand, daß der Verkauf eines Gegenstandes polizeilicher Genehmigung bedarf, dahin führen kann, ihm die Eigenschaft einer retinierbaren Sache zu nehmen, weil die Erteilung der Genehmigung unsicher ist.[1]) Es bleibt dem Gläubiger auch im Falle der Verweigerung die Zurückbehaltung der Sache, wie er ja überhaupt zum Verkaufe stets nur berechtigt, nie verpflichtet wird.

---

[1]) Ebenso Fuchsberger, Entsch. S. 813 f.

§ 5.

3. Eigentum des Schuldners (bezw. des Gläubigers).

Das Zurückbehaltungsrecht hat zum Gegenstand „bewegliche Sachen und Wertpapiere des Schuldners". Es ist — dies ist eine Neuerung des neuen Handelsgesetzbuches — „auch dann begründet, wenn das Eigentum an dem Gegenstande von dem Schuldner an den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner zurückzuübertragen ist". Der Regelfall ist, daß die Sache dem Schuldner gehört, es reicht angesichts des klaren Wortlauts des Gesetzes nicht aus, daß der Schuldner über die Sache rechtlich verfügen kann.[1]) Der Augenblick, in dem das Eigentum des Schuldners vorhanden sein muß, ist der Augenblick der Entstehung des Retentionsrechts.[2]) Ist das Retentionsrecht aber erst entstanden, dann bleibt es auch bestehen, wenn der Schuldner das Eigentum in einem späteren Zeitpunkt verliert, denn dem neuen Eigentümer kann ja der Gläubiger gemäß § 369 II H.G.B., wie wir oben gesehen haben, seine Einwendung gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache entgegensetzen.

Eine nur scheinbare Ausnahme hiervon bildet der Fall des § 44 K.O., das sogen. right of stoppage:

> „Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann Waren, welche von einem andern Ort an den Gemeinschuldner abgesandt und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, so-

---

[1]) So Endemann, Handbuch S. 103; Goldschmidt a. a. O. S. 1035 Note 25; R.O.H.G. Bd. 15 S. 422, Bd. 17 S. 157, Bd. 18 S. 22.

[2]) Wann das ist, s. oben S. 14 f.; ebenso Staub a. a. O. Anm. 22 S. 1211; Makower a. a. O. S. 1044.

fern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an den Ort der Ablieferung gekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind."

Hat z. B. ein Verkäufer Waren, deren Eigentum bereits auf den Käufer übergegangen ist, zur Beförderung an den Käufer einem Frachtführer übergeben und übt nun dieser ein Retentionsrecht gegen den Käufer aus, so kann er, wenn der Verkäufer jetzt die Waren auf Grund des § 44 K.O. zurückfordert, nicht das Rückbehaltungsrecht gegen den Käufer geltend machen. Denn hier gilt der Eigentumsübergang auf den Gemeinschuldner als nicht erfolgt. Der Verkäufer ist nach einer Fiktion des Gesetzes immer Eigentümer geblieben, der Käufer es nie geworden, da das Verfolgungsrecht ihn wieder ex tunc zum Eigentümer macht. Es hat also der Schuldner (der Käufer und Kridar) gar kein Eigentum gehabt, das Retentionsrecht war also gar nicht entstanden.[1]) Hat der Schuldner schon in einem früheren Zeitpunkt, also im Regelfalle vor Fälligkeit der Forderung, das Eigentum verloren, so entsteht kein Retentionsrecht. Es folgt hieraus, daß z. B. der Frachtführer dann kein Retentionsrecht gegen den Absender wegen einer ihm gegen diesen zustehenden Forderung an der vom Absender verkauften und ihm zum Transport an den Käufer übergebenen Ware ausüben kann, wenn die Ware schon in das Eigentum des Käufers übergegangen ist.[2]) Sachen, die zum Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft gehören, sind nicht Gegenstand des Retentionsrechts des Privatgläubigers eines Gesellschafters. Sachen der Ehefrau, die zu ihrem eingebrachten Gut oder Vorbehaltsgut gehören, sind nicht wegen Schulden des Ehe-

[1]) vgl. R.G. Bd. 8 S. 81.
[2]) R.G. Bd. 2 S. 1.

manns retinierbar, und zwar auch dann nicht, wenn sie etwa auf Grund eines Vertrags als Gesamtschuldnerin mithaftet, es sei denn, daß auch ihr gegenüber alle Voraussetzungen zur Retention vorliegen, also vor allem, daß sie Kaufmann ist. Dagegen sind zum Gesamtgut der Ehegatten gehörige bewegliche Sachen und Wertpapiere wegen Schulden des Ehemanns stets retinierbar (§ 1459 B.G.B.). Sind die Sachen tatsächlich nicht Eigentum des Schuldners, so hilft dem Gläubiger sein guter Glaube nichts; er kann sie nicht retinieren. Der Schutz des gutgläubigen Erwerbers gemäß §§ 932 ff. B.G.B. und § 366 H.G.B. findet keine analoge Anwendung.[1]) Auch dann nicht, wenn ihm der Schuldner an den Sachen eines Dritten mit dessen Einverständnis ein Pfandrecht für eine Forderung bestellt hatte und diese Forderung erloschen, eine andere aber noch existent ist. Hier kann der Dritte die Sachen vindizieren, ohne daß ihm die Retentionseinrede entgegensteht.

Ob der Schuldner dem Gläubiger fälschlich angegeben hat, er sei der Eigentümer, während es in Wahrheit ein Dritter ist, ist unerheblich für die Entstehung eines Retentionsrechts. Dieses kann eben nicht an der Sache eines Dritten entstehen. Die gegenteilige Ansicht ist mit dem Gesetz nur schwer vereinbar.[2])

Auch an Sachen, die dem Gläubiger selbst gehören, ist in der Regel ein Retentionsrecht nicht gegeben. Einen Fall aber nimmt hier das Gesetz ausdrücklich aus, nämlich den, daß die Sache vom Schuldner oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber von diesem

---

[1]) Ebenso R.O.H.G. Bd. 15 S. 421, Bd. 13 S. 130, Bd. 3 S. 154.

[2]) Anderer Ansicht: Lehmann-Ring, Kommentar S. 89; von Hahn, Kommentar S. 177; Endemann, Handbuch S. 103; Pick, Dissertation S. 25; Korn, Dissertation S. 37; Frommhold, Dissertation S. 30.

auf den Schuldner wieder zurückzuübertragen ist. Dies ist, wie erwähnt, eine Neuerung des Reichshandelsgesetzbuches. Die Denkschrift (S. 211 f., S. 366, vgl. Materialien bei Mugdan) gibt drei Beispiele von Fällen, in denen es ungerechtfertigt sein würde, das Zurückbehaltungsrecht an der eigenen Sache nicht zuzulassen, und die die Notwendigkeit dieser neuen Bestimmung erweisen. Sie sagt:

> „Hierher gehört namentlich der Fall, daß der Käufer die bereits in sein Eigentum übergegangene Ware dem Verkäufer zur Verfügung stellt. Der Käufer kann zwar, wenn er die Ware mit Recht bemängelt hat, die Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises beanspruchen, er darf sich aber zur Befriedigung für diesen Anspruch an die in seinem Besitze befindliche Ware halten, weil sie nicht mehr im Eigentum des Verkäufers steht. Ebenso verhält es sich in Ansehung von Sachen, die nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung an den Schuldner zurückzugewähren sind, und das gleiche gilt in dem Falle, daß ein als Rimesse übersandter Wechsel, der unbezahlt geblieben ist, vom Gläubiger eingelöst werden mußte; auch hier besteht kein Zurückbehaltungsrecht an dem Wechsel, da dieser durch die Einlösung in das Eigentum des Gläubigers gelangt ist."

Die Denkschrift hebt hervor, daß in diesen Fällen der bisherige Ausschluß der Zurückbehaltung auf einem „wesentlich äußeren Grunde" beruhe und daß „der natürlichen Auffassung im Verkehr auch die zur Verfügung gestellte Ware oder der zurückgelangte Wechsel als ein Vermögensgegenstand des Schuldners erscheine", daß also im Sinne des täglichen Lebens hier der Schuldner, nicht der Gläubiger, Eigentümer geblieben sei, was er juristisch ja nicht ist. Ein wichtiger

Fall, in dem nach neuem Recht die Zurückbehaltung zulässig ist, ist der, daß der Schuldner dem Gläubiger zur Sicherung für eine Forderung eine bewegliche Sache oder ein Wertpapier zu Eigentum übertragen hat. Hier kann der Gläubiger diesen Gegenstand nach Erledigung des Sicherungszweckes retinieren.[1] Der Ansicht Dernburgs,[2] daß die Bestimmung des neuen Rechts extensiv zu interpretieren und auch in vom Gesetz nicht direkt betroffenen Fällen zur Anwendung zu bringen sei, dürfte wohl kaum gebilligt werden können,[3] vielmehr ist wohl zweifellos die Absicht des Gesetzgebers die gewesen, nur in dem Falle, den es ausdrücklich regelt, ein Retentionsrecht an eigener Sache zuzulassen. So kann z. B. der Verkäufer kein Zurückbehaltungsrecht an der verkauften Ware für eine aus einem andern Vertrage entsprungene Forderung geltend machen, wenn sie durch constitutum possessorium Eigentum des Schuldners geworden wäre.

Ein Beispiel für Übertragung des Eigentums an den Gläubiger durch einen Dritten für den Schuldner wäre der Fall, daß der Dritte die Sache dem Schuldner verkauft, aber noch nicht übergeben hat und sie nun auf dessen Weisung dem Gläubiger, der sie vom Schuldner gekauft hat, überträgt. Hier ist die Sache im Sinne des Gesetzes auf den Schuldner zurück zuübertragen auch dann, wenn er mangels constitutum possessorium nie Eigentümer der Sache im streng juristischen Sinne gewesen ist, sondern der Dritte es geblieben war, denn wirtschaftlich war die Sache doch die seinige und insofern kann sie auch hier an ihn zurückübertragen werden.

---

[1]) Staub a. a. O. S. 1222 Anm. 23; Schlegelberger a. a. O S. 209.

[2]) Das bürgerliche Recht S. 788 Anm. 5.

[3]) Sie hat auch in der Literatur wohl nirgends Zustimmung gefunden.

§ 6.

4. Besitz des Gläubigers.

Der Gläubiger muß die zu retinierenden Waren und Wertpapiere, die „in seinen Besitz gelangt sind", noch in Besitz haben, insbesondere mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen können. Nicht erforderlich ist der Eigenbesitz des § 872 B.G.B. Gleichgültig ist es ferner, ob der Gläubiger mittelbarer oder unmittelbarer Besitzer ist. Dagegen genügt es nicht, daß er bloßer „Besitzdiener" gemäß § 855 B.G.B. ist, denn dieser ist nicht Besitzer, sondern „nur der Andere" d. h. der, für den er die tatsächliche Gewalt ausübt, ist es. Also ist nicht retentionsberechtigt ein Handlungsreisender (vorausgesetzt, daß er im konkreten Falle ausnahmsweise Kaufmann ist), hinsichtlich seiner Musterkoffer und Muster, wohl aber der Gläubiger, der die Sachen einem Frachtführer oder Spediteur zur Beförderung an den Schuldner gegeben hat, oder der Gläubiger, der die Sache einem Dritten zur Verwahrung gegeben hat. Das Recht des Gläubigers, zu retinieren, wird hierbei nicht dadurch aufgehoben, daß etwa auch der Spediteur, Frachtführer, Depositar ein Retentionsrecht an der Sache geltend macht. Nicht aber kann der Gläubiger an einem Gegenstande ein Retentionsrecht ausüben, den der Schuldner für ihn besitzt, so daß also der Schuldner unmittelbarer, er mittelbarer Besitzer des Gegenstandes ist, hier ist die Sache im Sinne des § 369 I H.G.B. nicht „in seinen Besitz gelangt".

Ausdrücklich erwähnt das Gesetz den Besitz mittels Traditionspapiers, d. h. eines solchen Papiers, dessen legitimierter Besitz rechtlich dem Besitz der Ware selbst gleichsteht. Diese Papiere müssen aber, damit der Gläubiger in der Lage ist, über das darin verbriefte Gut zu verfügen, ihn als den Adressaten oder als den Indossatar enthalten oder in blanco

giriert sein. Es genügt selbstverständlich auch, wenn sie auf den Inhaber lauten, wie das bei Konnossementen möglich ist.[1] Lauten sie dagegen nicht auf ihn, sondern auf einen Dritten, vor allem auch auf den Schuldner, so kann der Gläubiger über die Ware selbst nicht verfügen und hat er an ihr kein Zurückbehaltungsrecht, wohl aber am Dispositionspapier, insofern dies zu den retinierbaren Wertpapieren gehört.

Verliert der Gläubiger seinen Besitz, so verliert er auch sein Retentionsrecht. Gelangt er aber wieder in den Besitz des Retentionsobjektes, z. B. durch Besitzklage, so lebt das Retentionsrecht wieder auf.[2] Eine petitorische Klage aus dem Retentionsrecht hat der Gläubiger mangels Dinglichkeit des Rechts nicht. (Abweichend und von seinem Standpunkte erklärlich Staub a. a. O. S. 1215 f. Anm. 38.)

§ 7.

5. Erwerb des Besitzes.

1. Der Besitz, sagt das Gesetz, muß mit dem Willen des Schuldners erlangt sein, d. h. der Schuldner muß damit einverstanden gewesen sein, daß der Gläubiger Besitzer wurde. Wissen des Schuldners von der Besitzerlangung ist dagegen nicht erforderlich. In der Nürnberger Kommission wurden von der Bestimmung, der Gläubiger müsse den Besitz „mit Wissen und Willen" des Schuldners erlangt haben, die Worte „mit Wissen" gestrichen,[3] es sollte genügen, daß der Schuldner damit einverstanden gewesen ist, daß der Gläubiger Besitzer werde, ohne daß es erforderlich sein sollte, daß er von der Besitzerlangung erfahre oder den Zeitpunkt kenne.[4]

[1] Cosack, Lehrbuch S. 425.
[2] R.O.H.G. Bd. 14 S. 101 ff.
[3] Prot. S. 1349.
[4] Ebenso auch R.G. Bd. 9 S. 48, Bd. 14 S. 154.

Der Gläubiger darf solche Gegenstände des Schuldners nicht retinieren, die er durch Eigenmacht, gleichviel ob verbotene oder erlaubte, erlangt hat, und ebensowenig solche dem Schuldner gehörige Sachen oder Wertpapiere, die er von einem Dritten erhalten hat, ohne daß der Schuldner dieser Besitzübertragung zugestimmt hatte. Ist die Willenserklärung des Schuldners nichtig, so ist die Retention unzulässig, dagegen nicht dann, wenn sie bloß anfechtbar ist, der Schuldner aber von dem ihm zustehenden Recht der Anfechtung keinen Gebrauch macht.[1])

Gleichgültig ist, ob der Schuldner seine Zustimmung zur Übertragung des Besitzes auf den Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hat, und ebenso, ob die Sache vor oder nach der Entstehung der Forderung, oder vor oder nach der Fälligkeit in den Besitz des Gläubigers gekommen ist.

Ebenso ist es gleichgültig, ob der Schuldner zugestimmt hat, daß die Sache einem bestimmten Gläubiger übergeben wurde, oder ob er ganz allgemein darein eingewilligt hat, daß der, dem er die Sache übergeben hat, dieselbe weitergeben dürfe. Unter Umständen wird dieser Wille sogar vermutet werden dürfen.

Wenn das Gesetz verlangt, daß die Sachen mit Willen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers *gelangt* sind, so wird man diese Vorschrift extensiv dahin interpretieren müssen, daß der Wille auch noch bis zur Entstehung des Retentionsrechts fortdauern muß. Ist das Retentionsrecht erst zur Entstehung gelangt, also im Regelfalle mit Fälligkeit der Forderung, dann hat das Aufhören des Einverständnisses des Schuldners keine Wirkung mehr, da ja dann der Rückforderung des Schuldners die Einrede des Retentionsrechts entgegensteht. Vor dem Entstehen des Retentionsrechts aber

---

[1]) R.G. Bd. 19 S. 372.

kann der Schuldner jederzeit den Gegenstand zurückfordern, sofern er dazu nach Maßgabe seines Verhältnisses zum Gläubiger berechtigt ist, z. B. dann, wenn er den Gegenstand dem Schuldner in Verwahrung gegeben oder ohne Zeitbestimmung geliehen hatte, dagegen nicht dann, wenn die Sache vom Schuldner auf feste Zeit geliehen oder vermietet war, vor deren Ablauf. Wenn man mit Goldschmidt[1]) annimmt, daß das Zurückbehaltungsrecht schon dann entsteht, wenn der Gläubiger eine noch nicht fällige oder nicht gemäß § 370 H.G.B. zur Retention geeignete Forderung und eine retinierbare Sache hat, so ist es allerdings konsequent, mit ihm[2]) nur die Zustimmung des Schuldners im Augenblick der Erlangung des Besitzes zu verlangen. Man wird sich dieser Auffassung aber wohl kaum anschließen können.[3])

2. Der Besitz, führt das Gesetz weiter an, muß auf Grund von Handelsgeschäften erlangt sein, d. h. die Handelsgeschäfte müssen die Veranlassung für den Besitzerwerb des Gläubigers sein.[4]) Was ein Handelsgeschäft ist, sagt das Gesetz in den §§ 343 und 344. Danach sind Handelsgeschäfte alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, die Handelsgrundgeschäfte des § 1 Abs. 2 H.G.B. auch dann, wenn sie im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen werden. Dabei gilt die Rechtsvermutung, daß von einem Kaufmann vorgenommene Rechtsgeschäfte zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, also Handelsgeschäfte sind.

---

[1]) a. a. O. S. 1045 Anm 56; vgl. oben S. 14.

[2]) vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 1037 Anm. 28.

[3]) Wie im Text: v. Hahn a. a. O. § 9 zu Art. 313; Graupner, Dissertation S. 35; Lehmann-Ring, Kommentar S. 88; Pick, Dissertation S. 29; Frommhold, Dissertation S. 36; Korn, Dissertation S. 44.

[4]) vgl. R.G. Bd. 26 S. 58; R.O.H.G. Bd. 19 S. 372.

Bei Schuldscheinen eines Kaufmanns ist diese Präsumption sogar noch erweitert, indem der Gegenbeweis nur aus der Urkunde geführt werden darf.

Daß der Besitz durch ein zweiseitiges Handelsgeschäft erworben sei, fordert das Gesetz nicht. Sonst würde es dies ausdrücklich hervorgehoben haben, wie es dies in denselben Paragraphen bei der Entstehung der Forderung getan hat.[1] Auf Grund, also aus Veranlassung eines Handelsgeschäfts kommt der Gläubiger nicht nur bei Verträgen, wie Kauf Miete, Frachtvertrag, Speditionsvertrag, Verwahrung, sondern auch dann in Besitz, wenn er durch eine einseitige Rechtshandlung, z. B. durch die Zusendung von Waren in Erwartung eines Kaufabschlusses, Besitzer wird.[2]

Nicht erforderlich ist, daß das Handelsgeschäft, auf Grund dessen der Gläubiger Besitzer wird, zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner abgeschlossen wird, es kann vielmehr auch zwischen dem Gläubiger und einem Dritten abgeschlossen werden.

Auch ist es gleichgültig, ob zwischen der Aufgabe des Besitzes durch den Schuldner und dem Besitzerwerb des Gläubigers *ein* Rechtsgeschäft liegt oder *mehrere*. Es brauchen dies nicht einmal Handelsgeschäfte gewesen zu sein, wenn nur das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen der Gläubiger Besitzer wurde, Handelsgeschäft war. Ist der Gläubiger durch ein Handelsgeschäft Besitzer geworden, ehe das Retentionsrecht entstand, ist dann aber auf Grund eines Nichthandelsgeschäfts der Besitz verlängert worden, so kann ein Retentionsrecht nicht entstehen, während es umgekehrt dann entstehen kann, wenn der Besitz nicht durch ein Handelsgeschäft erlangt, wohl aber auf Grund eines solchen der bereits erlangte Besitz prolongiert worden ist.

---

[1] R.O.H.G. VI S. 197.

[2] vgl. R.O.H.G. Bd. 10 S. 236.

Für diese beiden Fälle gibt Schlegelberger[1]) ein treffendes Beispiel:

„A übergibt seinem Geschäftsfreunde, dem Spediteur B, seine Bibliothek zur Beförderung an den Antiquar C. Vor Erwerb des Zurückbehaltungsrechts widerruft er den Auftrag, überläßt die Bibliothek aber seinem Freunde zur Benutzung für einige Zeit. Treten jetzt die anderen Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts ein, so kann B nicht zurückbehalten, weil sein Besitz sich nicht auf ein Handelsgeschäft gründet. Umgekehrt kann sich der Rechtstitel auch zum Vorteil des Gläubigers ändern. Hat A im genannten Fall seine Bibliothek dem B geliehen und erteilt er ihm dann den Auftrag, die Bücher an ein Antiquariat zu befördern, so ist nunmehr diese Voraussetzung für den Erwerb eines kaufmännischen Retentionsrechts erfüllt, und B kann, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen, die Bibliothek wegen einer fälligen Forderung gegen A zurückbehalten, natürlich, falls nicht das Eigentum schon auf den Antiquar übergegangen ist."[2])

Bestritten ist, ob das Handelsgeschäft notwendig auf seiten des Gläubigers[3]) Handelsgeschäft sein muß, oder ob es gleichgültig ist, ob auf seiten des Gläubigers oder des Schuldners.[4]) Eine dritte Meinung[5]) unterscheidet, ob das Rechtsgeschäft unmittelbar zwischen dem Gläubiger und dem

[1]) a. a. O. S. 208.

[2]) Ebenso Korn, Dissertation S. 48; Lehmann-Ring a. a. O. S. 88 Nr. 11; Graupner, Dissertation S. 37; Pick, Dissertation S. 30.

[3]) So Anschütz-Völderndorff a. a. O. S. 198; Korn S. 47; Neresheimer a. a. O. S. 26; Pick a. a. O. S. 30.

[4]) So Makower a. a. O. S. 1049; Schlegelberger a. a. O. S. 206.

[5]) Staub Anm. 26 S. 1212; Schrömbgens S. 19; Frommhold S. 38; Graupner S. 36.

Schuldner abgeschlossen worden ist, und hält es in diesem Falle für gleichgültig, ob das Rechtsgeschäft auf seiten des Gläubigers oder auf seiten des Schuldners Handelsgeschäft, oder ob das Geschäft zwischen dem Gläubiger und einem Dritten abgeschlossen worden ist, in diesem Falle müsse es auf seiten des Gläubigers Handelsgeschäft sein. Das Richtige dürfte sein, anzunehmen, daß es gleichgültig ist, auf wessen Seite das Geschäft Handelsgeschäft ist. Auf diesem Standpunkt steht auch das Reichsgericht.[1])

§ 8.

6. Die Forderungen.

Das Zurückbehaltungsrecht darf nun wegen fälliger Forderungen ausgeübt werden, die einem Kaufmann zustehen und aus einem zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäft herrühren.

Was die Art der Forderungen betrifft, so sind zur Begründung einer Retention geeignet nur solche Forderungen, die, wenn sie nicht Geldforderungen sind, in eine solche übergehen können. Denn da der Endzweck

[1]) R.G. Bd. 19 S. 129ff. Kaufmann A war Mitglied des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft und hatte bei der Direktion derselben Aktien hinterlegt. Gegenüber seiner Klage auf Herausgabe machte die Gesellschaft ein kaufmännisches Retentionsrecht geltend. Es war streitig, ob die Aktien auf Grund eines Handelsgeschäfts in den Besitz der Gesellschaft gekommen waren. Das Reichsgericht bejahte diese Frage, da in der Annahme der Aufsichtsratsstelle durch A und der im Zusammenhang hiermit erfolgten Hinterlegung der Aktien auf seiten des A ein Handelsgeschäft zu erblicken sei und da diese für die Anwendbarkeit des Art. 313 allgem. deutsches H.G.B. genüge. Es könne daher unerörtert bleiben, ob auf seiten der Aktiengesellschaft ein Handelsgeschäft vorliege.

des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts die Befriedigung durch Verkauf des Gegenstandes ist, so ist ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer Forderung, die nicht in eine Geldforderung übergehen kann, ebensowenig für zulässig zu erachten, als die Zurückbehaltung einer Sache ohne Vermögenswert.[1] Das Zurückbehaltungsrecht ist kein Zwangsrecht, sondern ein Sicherungs- und Befriedigungsrecht.[2])

Die Forderungen müssen aus beiderseitigen Handelsgeschäften hervorgegangen sein. Was Handelsgeschäfte sind, haben wir oben gesehen. Ausgeschlossen sind also Forderungen, die mit dem Handelsgeschäft der Kontrahenten nichts zu tun haben, wie Miete einer Privatwohnung, Ansprüche aus einem Delikt, soweit dieses nicht zugleich Verletzung einer handelsgeschäftlichen Vertragspflicht darstellt, Ansprüche ex lege, wie Alimentationsansprüche, Ansprüche aus einseitigen Rechtsgeschäften, wie aus Testament oder Legat. Konnexität der Forderungen in dem Sinne, wie ihn das B.G.B. in § 273 für das Retentionsrecht des bürgerlichen Rechts fordert, verlangt das Handelsgesetzbuch nicht. Eine Art Konnexität ist aber die Folge der Voraussetzung, daß der Forderung ein beiderseitiges Handelsgeschäft zugrunde liegen muß, wenn auch die Konnexität keine solche im gewöhnlichen Sinne des Wortes zu sein braucht. „Eine solche", schreibt Laband,[3]) „wird nämlich begründet durch den Geschäftsverkehr zweier Kaufleute selbst; alle zwischen ihnen geschlossenen Geschäfte sind miteinander konnex, das eine ist oft die Veranlassung oder Folge des andern; die Deckung, die der eine in Händen oder zu erwarten hat, ist für ihn oft die Veranlassung, dem

[1]) vgl. oben S. 18 dieser Abhandlung.

[2]) Wie im Text: Staub S. 1209 Anm. 9; Lehmann-Ring S. 87 Anm. 6; Becker, Dissertation S. 30; Düringer-Hachenburg S. 560; a. A. v. Hahn § 4 zu Art. 313 a. H.G.B.

[3]) In Goldschmidts Zeitschrift S. 487.

andern Kredit zu geben und neue Geschäfte mit ihm abzuschließen. Der Kaufmann pflegt den gesamten Stand seines Geschäftsverkehrs mit dem andern Kontrahenten im Auge zu behalten; nicht wieviel er bei dem einzelnen Geschäft dem andern traut, sondern wieviel er nach dem Stande seines Kontos von ihm zu fordern oder an ihn zu zahlen hat, ist maßgebend."

Eine Ausnahme vom Grundsatz, daß die Forderungen nicht konnex zu sein brauchen, findet sich im Bankdepotgesetz vom 5. Juli 1896 § 8 Abs. 2. Hiernach darf der Zentralbankier, dem der Lokalbankier mitteilt, daß die Einkaufskommission für fremde Rechnung erfolge, nur wegen Forderungen retinieren, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind. Die Forderung, die einen Retentionsanspruch begründen soll, braucht nicht liquide zu sein,[1]) wohl aber muß sie rechtsbeständig und klagbar sein. Eine Retention wegen Forderungen aus Differenzgeschäften ist daher nicht zulässig. Dagegen wird man mit Lehmann-Ring[2]) und Makower[3]) mittelst Analogie aus § 223 B.G.B., wonach die Verjährung eines Anspruchs, für den ein Pfandrecht bestellt ist, den Berechtigten nicht hindert, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen, schließen dürfen, daß die Verjährung der Forderung auch der Geltendmachung eines Retentionsrechts nicht entgegensteht.

Die Forderung muß ferner fällig sein, d. h. nicht bedingt oder betagt. Dies Erfordernis folgt aus der der Kompensation analogen Natur des Retentionsrechts. Ebensowenig wie Kompensation mit oder gegenüber einer noch nicht fälligen Forderung zulässig ist, darf nach Treu und

---

[1]) R.O.H.G. Bd. 10 (Nr. 50) 236.
[2]) a. a. O. S. 86 Nr. 3.
[3]) a. a. O. S. 1040.

Glauben ein Selbstbefriedigungsrecht wegen einer noch nicht fälligen Forderung gegeben sein. „Es erscheine doch", sagte ein Abgeordneter in der Nürnberger Kommission,[1]) gegenüber dem Vorschlag, das Retentionsrecht auch auf nichtfällige Forderungen auszudehnen, „als ein eigentümliches und des inneren Zusammenhanges entbehrendes Recht, welches bestimme, derjenige, der gegen einen andern eine nicht fällige Forderung habe, dürfe sich wegen derselben an der bereits fälligen Summe, die er seinem Gläubiger schulde, nicht dadurch erholen, daß er sein Geld zu seiner Deckung retiniere, aber wegen derselben Forderung dürfe er die beweglichen Sachen eines Gläubigers behufs seiner Deckung zurückbehalten. Eine Ausdehnung auf nicht fällige Forderungen sei überdies juristisch nicht gerechtfertigt, denn wenn ein Kaufmann einem andern wegen einer Forderung auf ein Jahr kreditiert habe, so habe er dadurch gerade die Verpflichtung übernommen, ein Jahr lang ohne Deckung für diese Forderung zu bleiben und dem andern die Möglichkeit zu lassen, daß er der zur Deckung erforderlichen Mittel zu andern Zwecken sich bediene. Dieser Verpflichtung werde geradezu entgegengehandelt und der Zweck des Kreditnehmens vereitelt, wenn vor Ablauf des Jahres, also vor Fälligwerden der Forderung, dem Gläubiger das Recht eingeräumt wurde, sich durch Zurückbehaltung der Waren seines Schuldners zu decken."

Die Fälligkeit muß in dem Augenblicke, in dem das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt wird, vorhanden sein, d. h. wo entweder dem Verlangen auf die Herausgabe der Sache die Einrede des Retentionsrechts entgegengesetzt oder die Klage auf Gestattung der Befriedigung erhoben wird.

Wann die Forderung fällig geworden ist, gibt zu Zweifeln

---

[1]) vgl. Protokolle S. 1351.

Anlaß bei der Revalierungsklage des Wechselakzeptanten gegen den Trassanten des Wechsels. Hat der Akzeptant sein Akzept zur Deckung einer dem Trassanten gegen ihn zustehenden Schuld abgegeben, so entsteht dieser Zweifel natürlich nicht, denn hier entsteht durch das Akzept für ihn gar keine Forderung gegen den Aussteller. Wohl aber dann, wenn ein solches Schuldverhältnis zwischen Trassant und Trassat noch nicht bestand. Hier ist es nämlich möglich, daß der Akzeptant durch die Akzeptierung des Wechsels dem Trassanten gegenüber sich verpflichten wollte, ihm die Wechselsumme zu kreditieren, also auch ohne Deckung für sie zu bleiben. Dann wird die Forderung erst mit der Einlösung des Wechsels fällig, die Retention erst dann zulässig. Möglich ist es aber auch, daß der Bezogene auf Grund eines Vertrags mit dem Aussteller akzeptiert hat, durch den dieser sich verpflichtet hat, vor Fälligkeit Deckung zu liefern. Hier ist schon im Augenblicke der Annahme seine Forderung fällig; er kann demgemäß ihretwegen retinieren. Wann der eine, wann der andere Fall vorliegt, ist quaestio facti.

Das Handelsgeschäft, aus dem die Forderung entspringt, muß zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner abgeschlossen sein. Hierdurch werden Forderungen, die durch Cession vom Gläubiger erworben worden sind, von den zur Retention berechtigenden ausgeschlossen.[1])

In der Nürnberger Konferenz wurde lebhafter Streit über die Zweckmäßigkeit dieser Vorschrift geführt. In der ersten Lesung (Protokolle 455 ff., 464 ff.) wurde für den Ausschluß der cedierten Forderungen angeführt: ein Gläubiger könne seinen Freunden, die Deckung in Händen hätten, durch Cession seiner Forderung die Möglichkeit verschaffen,

---

[1]) vgl. R.O.H.G. Bd. 5 S. 304; R.G. Bd. 9 S. 49, Bd. 19 S. 234; ebenso herrschende Meinung contra Cosack, Lehrbuch S. 129.

die Konkursmasse des Schuldners zum Nachteil der andern Gläubiger auszuplündern, auch sei den in der Nähe des Kridars wohnenden Gläubigern durch frühere Kenntnis von der Lage des Schuldners die Möglichkeit gegeben, durch Erwerb von Forderungen sich und ihre Cedenten auf Kosten der weiter wohnenden Gläubiger zu benachteiligen. Dagegen wurde von den Verteidigern der Zulässigkeit der Retention für cedierte Forderungen geltend gemacht, die Fälle, wo man Geld, und die, wo man Sachen des Schuldners in Händen habe, müßten völlig gleich stehen. So gut man Deckungscessionen seitens eines einzelnen Gläubigers des Schuldners an einen Geldschuldner desselben zum Behufe der Kompensationen sogar dann nicht beanstander, wenn der Schuldner in Konkurs geraten sei, und das tue der strengste Zivilist nicht, so gut könne man auch ein Gleiches rücksichtlich eines Sachenschuldners statuieren. Die Hilfe gegen daraus entstandene Mißbräuche sei Sache der Fallitenordnungen. Dem schloß sich die Majorität bei der Abstimmung an und beschloß die Zulässigkeit der Retention wegen cedierter Forderungen.

In der zweiten Lesung[1]) wurde dieser Beschluß nicht umgestoßen; trotzdem fügte die Redaktionskommission der Bestimmung, daß die Forderung aus Handelsgeschäften zweier Kaufleute entstanden sein müsse, die Worte „zwischen ihnen" ein, wodurch der Beschluß erster und zweiter Lesung sachlich in das Gegenteil abgeändert wurde. Trotzdem fand diese Fassung bei der Abstimmung die Majorität.[2]) Es wurde von einem Abgeordneten allerdings die Behauptung aufgestellt, die Fassung schlösse nicht alle cedierten Forderungen aus, z. B. dann nicht, wenn die Veranlassung zum Erwerb der cedierten Forderung ein zwischen dem Cessionar und dem

[1]) vgl. Prot. S. 1352.
[2]) vgl. Prot. S. 142 ff.

debitor cessus abgeschlossenes Handelsgeschäft gewesen sei. Dies ist aber nicht anzuerkennen, widerspricht vielmehr dem klaren Wortlaut des Gesetzes. Denn die Forderung ist entstanden durch ein zwischen dem Cedenten und dem debitor cessus abgeschlossenes Geschäft, nicht durch ein solches zwischen Cessionar und debitor cessus und wird nur auf den Cessionar übertragen, entsteht aber nicht von neuem. Ebenso ist in dem Fall zu entscheiden, wo der Schuldner erst durch Schuldübernahme Schuldner geworden ist;[1] denn auch hier ist das Geschäft, das die Forderung zur Entstehung brachte, ein Geschäft zwischen dem Gläubiger und dem alten Schuldner, nicht zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner. Die Schuldübernahme des § 414 B.G.B. ist ebenso wie die Zession des § 398 Singularsukzession in die alte Schuld. Eine Forderung aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft zwischen Schuldner und Gläubiger liegt aber dann vor, wenn der Gläubiger durch Indossament ein Recht aus einem Wechsel oder anderen Orderpapieren gegen den Schuldner erworben hat, vorausgesetzt, daß es sich auf seiten des Schuldners bei der Ausstellung oder Akzeptierung bezw. bei Wechseln auch bei der Indossierung, auf der des Gläubigers beim Erwerb um ein Handelsgeschäft handelt.

Dasselbe gilt, wenn dem Gläubiger ein Inhaberpapier, in dem der Schuldner als der aus dem Papier Verpflichtete genannt ist, übertragen wird. Denn der Indossatar eines Wechsels oder anderer Orderpapiere und der Inhaber eines Inhaberpapiers erwerben nicht die Forderung, wie sie ihr direkter Vormann, also ihr Indossatar bezw. Vorbesitzer besaß, sondern so, wie sie sich aus der Erklärung des Schuldners

[1] Ebenso Schlegelberger a. a. O. S. 213; Frommhold a. a. O. S. 42; a. A. Lehmann-Ring S. 86 Anm. 4; Goldschmidt S. 1041.

im Papier ergibt. Denn der Indossant bezw. der Inhaber wird aus dem Papier unmittelbar berechtigt und macht nicht etwa das Recht seines Vormanns geltend. Der Aussteller eines Inhaberpapiers und der Aussteller und der Akzeptant eines Orderpapiers sowie der Indossant eines Wechsels ist nicht nur dem unmittelbaren Nehmer des Papiers verpflichtet, sondern er ist aus seiner Skriptur obligiert jedem Inhaber des Inhaberpapiers und jedem durch eine fortlaufende Reihe von Indossamenten legitimierten Indossatar eines Orderpapiers. Es liegt hier also ein unmittelbar zwischen den Beteiligten geschlossenes Rechtsgeschäft vor. Die Forderung berechtigt zur Retention.[1] Ist eine Forderung aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft auf den Erben übergegangen, so steht auch dem Erben das Retentionsrecht zu, da nach dem Grundsatz „heres personam defuncti sustinet" das Geschäft als unmittelbar zwischen ihm und dem Schuldner abgeschlossen gilt.

§ 9.

7. Negative Voraussetzungen des Retentionsrechts.

Die legislatorische Idee des Zurückbehaltungsrechts ist der Billigkeitsgedanke, daß der Gläubiger, der durch den Besitz von Wertobjekten seines Schuldners gedeckt ist, diese nicht aus der Hand zu geben braucht, vielmehr sie zurückbehalten und sich aus ihnen befriedigen kann, es sei denn, daß dies vertragsmäßig ausgeschlossen ist. Dieser Gedanke trifft jedoch nicht zu, wenn der Gläubiger die Verpflichtung übernommen hat, mit den Gegenständen des Schuldners in einer bestimmten Weise zu verfahren, die mit der Zurückbehaltung unvereinbar ist. Das Gesetz bestimmt daher in Abs. 3 des § 369:

[1] Ebenso R.G. Bd. 9 S. 45 und die herrschende Meinung; a. A. Laband a. a. O. S. 491.

„Das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung des Gegenstandes der von dem Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilten Anweisung oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerstreitet."

Es kann keinem Zweifel unterliegen,[1]) daß das Gesetz mit dieser Bestimmung nicht die Fälle im Auge hat, wo der Gläubiger schon kraft des Schuldverhältnisses, durch das er im Besitz der Sache ist, die Verpflichtung hat, die Sache, deren Besitz er mit Willen des Schuldners erlangt hat, wieder an diesen herauszugeben. Denn dann wäre ein kaufmännisches Retentionsrecht, abgesehen von den Fällen unsicherer Vermögenslage des Schuldners, überhaupt nie gegeben, es sei denn, daß der Schuldner die Gegenstände dem Gläubiger gerade in der Absicht übergeben hätte, daß er daran für seine Forderung ein kaufmännisches Retentionsrecht ausübt.[2]) Denn erst in dem Augenblicke, wo der Schuldner auf Grund des obligatorischen Verhältnisses, mag dies nun z. B. ein Mietsvertrag, Verwahrungsvertrag oder Leihe sein, die Herausgabe der Sache vom Gläubiger fordert oder fordern kann, tritt ja das Zurückbehaltungsrecht in Wirksamkeit. Das Gesetz muß also eine besondere, und zwar ausdrückliche vom Schuldner dem Gläubiger erteilte Anweisung oder eine von diesem übernommene Verpflichtung voraussetzen, in bestimmter Weise mit dem Gegenstand zu verfahren.[3]) Es muß sich nach einer Entscheidung des ehemaligen Reichsoberhandelsgerichts (Bd. 19 S. 372 ff., ebenso Bd. 12 S. 27) in dieser Anweisung oder Verpflichtung „der erkennbare Wille, es solle

[1]) Anderer Ansicht Cosack, Lehrbuch S. 130.

[2]) Dies nimmt Cosack a. a. O. S. 130 auch konsequent an.

[3]) Wie im Text Staub a. a. O. S. 1216 f.

durch die Übergabe des Gegenstandes ein Zurückbehaltungsrecht für den Gläubiger nicht begründet werden," aussprechen. Makower[1]) nimmt einen solchen Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts nur dann an, wenn die Anweisung oder Verpflichtung dahin geht, „in anderer Weise als der ohne Anweisung bezw. Verpflichtung selbstverständlichen" mit dem Gegenstande zu verfahren. Er hält daher die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts dann stets für zulässig, wenn der Gegenstand an den Schuldner zurückzugeben ist. Er begründet dies damit, es sei doch rein zufällig, ob z. B. ein im Falle der Aufbewahrung vom Gläubiger etwa ausgestaltetes Empfangsbekenntnis gleichzeitig das ohnehin selbstverständliche Bekenntnis der Rückgabeverpflichtung enthält. Dies ist aber nicht anzuerkennen. In dem einen Falle haben die Parteien eben eine Bestimmung getroffen, die mit dem Rückbehaltungsrecht vereinbar ist, in der sich also, um mit dem Reichsoberhandelsgericht zu reden, der erkennbare Wille, es solle durch die Übergabe ein Zurückbehaltungsrecht begründet werden, ausspricht, im andern dagegen nicht. Die Auslegung Makowers ist daher m. E. entschieden zu eng.

Das Gesetz unterscheidet die von dem Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilte Anweisung von der „von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung". Die Anweisung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft des Schuldners, die Verpflichtung ein Vertrag. Nimmt der Gläubiger den Gegenstand, der ihm unter Anweisung, mit ihm in bestimmter Weise zu verfahren, übergeben worden ist, an, ohne sich, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, hiermit einverstanden zu erklären — hierin würde zugleich die Übernahme der Verpflichtung seitens des Gläubigers liegen —, widerspricht er vielmehr ausdrücklich oder still-

[1]) a. a. O. S. 1058 f.

schweigend der Anweisung, so kann er doch nach der Bestimmung des Gesetzes, daß auch die einseitige Anweisung des Schuldners genügt, nicht retinieren. Es ist also nicht richtig, wenn behauptet worden ist — so z. B. auch in der Nürnberger Konferenz (S. 5075 f. Protokolle, ebenso auch Pick a. a. O. S. 35) —, das Gesetz enthalte nicht zwei selbständige Tatbestände, zwei einander gegenüberstehende Alternativen, vielmehr nur einen Tatbestand, eine vertragsmäßige Übernahme der Verpflichtung, da stets in der Annahme des Gegenstandes unter einer Anweisung, damit in bestimmter Weise zu verfahren, eine Verpflichtung des Gläubigers hierzu zu sehen sei.

Der Zeitpunkt, in dem die Anweisung gegeben sein und die Verpflichtung übernommen sein muß, ist im Gesetz verschieden bestimmt. Während das Gesetz bei der Anweisung verlangt, daß sie vor oder bei der Übergabe erfolgt sein muß, sagt es über den Zeitpunkt bei der Übernahme der Verpflichtung nichts. Es kann also die Verpflichtung, in bestimmter Weise mit dem Gegenstand zu verfahren, auch nach Übergabe der Sache und nach Entstehung des Retentionsrechts übernommen werden. Dagegen kann die Anweisung, in bestimmter Weise mit dem Gegenstand zu verfahren, spätestens bei der Übergabe des Gegenstandes erfolgen. In einem Falle aber wird man trotz dieser Bestimmung des Gesetzes, dieses extensiv interpretierend, auch einer später erfolgten Anweisung die Wirkung, das Retentionsrecht auszuschließen, nicht versagen dürfen, nämlich dann, wenn zur Zeit der Besitzerlangung der Gläubiger noch keine fällige Forderung hatte oder sonst das Retentionsrecht noch nicht entstanden war. Denn bis zu diesem Zeitpunkt kann ja der Schuldner, mangels entgegenstehender Vereinbarung, den Gegenstand stets zurückfordern. Tut er dies, so besitzt der Gläubiger, wenn er sich weigert, den Gegenstand herauszugeben, nicht mehr mit Willen des

Schuldners, kann also, wie wir oben (S. 27 dieser Abhandlung) gesehen haben, nicht retinieren. Um so mehr muß dies der Fall sein, wenn der Schuldner, statt die Herausgabe zu verlangen, nur eine Anweisung, mit dem Gegenstand in bestimmter Weise zu verfahren, erteilt.[1])

Ein Fall einer bei Übergabe erteilten Anweisung liegt z. B. vor, wenn der Verkäufer einer auf Probe verkauften Sache den Käufer ausdrücklich anweist, die Ware, falls sie nicht konveniere, zurückzusenden oder etwa an einen Dritten zu senden: ohne diese ausdrückliche Anweisung könnte der Käufer sie retinieren. Dies ist allerdings sehr bestritten. Viele sehen in der Hingabe einer Ware zur Probe stets eine solche Anweisung, die Sache, falls sie nicht gefällt, zu restituieren.[2]) Eine solche liegt natürlich stets vor, wie man auch sagen könnte, daß eine „Verpflichtung" des Käufers vorliegt, mit der auf Probe gekauften Ware, wenn sie nicht konveniert, in bestimmter Weise zu verfahren, nämlich zurückzusenden. Aber diese allgemeine, in der Natur der Sache liegende Anweisung oder Verpflichtung genügt nicht, wie oben ausgeführt. Ebenso darf der Käufer dann nicht retinieren, wenn ihm der Verkäufer vorschreibt, in bestimmter Weise mit der Ware zu verfahren, falls er sie zur Disposition stelle, wenn der Deponent den Verwahrer anweist, die verwahrte Sache an ihn oder einen Dritten herauszugeben. Wichtig ist auch der Fall, daß

[1]) Ebenso Schlegelberger a. a. O. S. 217; Korn a. a. O. S. 61 f.; v. Hahn a. a. O. S. 184; anderer Ansicht Goldschmidt a. a. O. S. 1045 Anm. 56; Makower a. a. O. S. 1057.

[2]) Gegen die Retention einer ohne besondere Anweisung auf Probe verkauften Sache: Schlegelberger a. a. O. S. 217 ff.; v. Hahn, Kommentar S. 184 § 19; Goldschmidt S. 1046; Lehmann-Ring a. a. O. S. 90 Nr. 14; Korn, Dissertation S. 60 Anm. 2; a. A. Staub a. a. O. S. 1217 und hier — ohne weitere Erklärung — im Widerspruch mit seiner Ansicht auf S. 184 auch v. Hahn a. a. O. S. 254.

jemand Waren einem Spediteur oder Frachtführer zur Beförderung und Übergabe an einen Dritten gibt; hier kann der Spediteur oder Frachtführer nicht retinieren, es sei denn, daß der Dritte die Annahme verweigert. Oder Waren werden einem Kommissionär zum Verkauf übergeben; hier kann dieser nicht retinieren, es sei denn, der Auftrag würde widerrufen werden. Der Pfandgläubiger kann die verpfändete Sache dann nicht retinieren, wenn ihm der Schuldner die Anweisung erteilt hatte, nach Erlöschung der Pfandforderung die Sache ihm oder einem Dritten auszuantworten.[1])

§ 10.

8. Das Notzurückbehaltungsrecht.

Solange der Schuldner in sicherer Vermögenslage ist, wird der Gläubiger nur selten in die Lage kommen, vom Zurückbehaltungsrecht Gebrauch zu machen. Denn er würde sich dadurch mit großer Wahrscheinlichkeit die Geschäftsverbindung mit dem Schuldner verscherzen. Das Zurückbehaltungsrecht ist auch durch die bei normaler Vermögenslage des Schuldners in Abs. 3 des § 369 H.G.B. ausgesprochenen Einschränkungen (in den Fällen der Erteilung einer Anweisung, in bestimmter Weise mit der Sache zu verfahren, oder der Übernahme der Verpflichtung hierzu) in seiner Anwendungsmöglichkeit sehr beschränkt, denn die Fälle, wo der Schuldner mit dem Gläubiger *nicht* eine Verabredung trifft, wie dieser mit den Gegenständen, die ihm übergeben werden, verfahren solle, werden im kaufmännischen Leben wohl die weniger häufigen sein.

Sein Hauptanwendungsgebiet hat daher das Zurückbehaltungsrecht bei unsicherer Vermögenslage des Schuldners.

---

[1]) Andere Fälle s. bei Staub S. 1218.

Wird diese unsicher, so wird dem Gläubiger weniger an der Aufrechterhaltung seiner Geschäftsverbindung mit dem Schuldner als an seiner sicheren Befriedigung gelegen sein.

Dem Gläubiger, der Gegenstände des Schuldners in Händen hat und sich daher für gedeckt ansehen darf, gerade gegen den unsicheren Schuldner vorzugsweise Befriedigung zu verschaffen, ist aber der Zweck unseres Rechtsinstituts.

Deshalb hat das Gesetz die Anwendbarkeit des Zurückbehaltungsrechts bei Eintritt gewisser den Schluß auf unsichere Vermögenslage des Schuldners gestattender Tatsachen auch auf die Fälle ausgedehnt, wo die Forderung noch nicht fällig ist, oder wo entweder der Schuldner dem Gläubiger die Anweisung erteilt hat, mit der übergebenen Sache in bestimmter Weise zu verfahren, oder der Gläubiger die Verpflichtung hierzu übernommen hat, sofern die Unsicherheitssymptome nach der Übergabe des Gegenstandes oder nach der Übernahme der Verpflichtung dem Gläubiger bekannt werden. Diese Fälle erweiterter Retention werden als Notzurückbehaltungsrecht bezeichnet. Daß die Forderung nicht fällig zu sein braucht, ist eine Konsequenz der dem Kompensationsrecht analogen Natur des Retentionsrechts, denn auch die Kompensation ist schon vor Fälligkeit der Forderung im Konkurse des Schuldners möglich (K.O. § 54).

Wenn das Gesetz dem Gläubiger die Retention der dem Schuldner gehörenden Gegenstände auch trotz entgegenstehender lex contractus gestattet, vorausgesetzt, daß er im Zeitpunkt, wo er die Verpflichtung übernimmt oder ihm der Gegenstand unter Anweisung ausgehändigt wird, von der Unsicherheit noch keine Kenntnis hat, mag sie auch immerhin schon eingetreten sein, so folgt daraus unmittelbar, daß er ein Zurückbehaltungsrecht dann nicht geltend machen kann, wenn ihm zur Zeit, wo er eine der Retention widerstreitende Verpflichtung übernahm oder sich die Sache unter einer solchen Anweisung

übergeben ließ, von dem Vermögensverfall des Schuldners Kenntnis erlangt hatte.[1])

Es wird aber aus der ratio dieser Bestimmung auch das Weitere zu schließen sein, daß ihm auch dann ein Zurückbehaltungsrecht nicht zusteht, wenn er eine zur Zurückbehaltung berechtigende Forderung in Kenntnis einer der Unsicherheitssymptome erworben hat. Denn wie in jenem Fall ist auch in diesem nach Treu und Glauben ein Verzicht auf das Retentionsrecht zu erblicken.[2])

Das Gesetz läßt, wie bereits beiläufig erwähnt worden nicht jeden Beweis für die Unsicherheit des Schuldners zu, es verlangt vielmehr das Vorliegen einer von drei ganz bestimmten Tatsachen:

1. Entweder es muß über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet sein,

2. oder der Schuldner muß seine Zahlungen eingestellt haben,

3. oder endlich eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners muß ohne Erfolg versucht worden sein. Als nicht ausreichend zur Begründung des Notretentionsrechts ist es also zu betrachten, daß der Konkurs oder die Zahlungseinstellung dicht vor der Türe steht.[3])

Die Voraussetzungen sind ganz strikt zu interpretieren. Es nützt daher auch dem Schuldner nichts, wenn er etwa beweisen kann, daß er trotz Vorliegens eines der drei Unsicherheitssymptome noch durchaus sicher sei; er wird mit dieser Behauptung nicht gehört.

---

[1]) R.G. Bd. 12, 91.

[2]) Wie im Text Schlegelberger a. a. O. S. 230 f.; Korn a. a. O. S. 70.

[3]) Ebenso R.G. Bd. 3 S. 113.

Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners erfolgt, wenn der Konkurs im Inland eröffnet wird, gemäß § 108 der K.O. durch einen Beschluß des Konkursgerichts. Diesem ist gleichzustellen der Beschluß der Wiederaufnahme des Konkursverfahrens gemäß § 198 K.O., der dann erlassen wird, wenn der Kridar wegen betrüglichen Bankerotts rechtskräftig verurteilt worden ist und das erste Konkursverfahren durch Zwangsvergleich beendigt worden ist.

Ist das Notretentionsrecht einmal entstanden, so wird es auch durch etwaige Aufhebung des Konkursverfahrens nicht beseitigt. Ob der Konkurs im Inland oder im Ausland eröffnet wird, ist für das Retentionsrecht gleichgültig.

Der Schuldner hat seine Zahlungen dann eingestellt, wenn er wegen seines nicht nur vorübergehenden Mangels an Zahlungsmitteln seine fälligen Geldschulden zu bezahlen nicht in der Lage ist und sie daher nicht erfüllt. Zahlungseinstellung kann auch dann vorliegen, wenn der Schuldner vereinzelt Schulden bezahlt, liegt aber an sich nicht schon dann vor, wenn der Schuldner in einzelnen Fällen seinen Geldverpflichtungen nicht nachkommt. Es ist also das Gesamtverhalten des Schuldners entscheidend.[1])

Die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ist dann ohne Erfolg versucht worden, wenn sie nicht zur vollständigen Befriedigung des sie betreibenden Gläubigers — gleichviel, ob dies der event. Retinent oder ein Dritter ist — wegen einer Geldforderung oder einer in Geld übergegangenen Forderung geführt hat. Es wird aber genügen müssen, daß die Vollstreckung sich auf das bewegliche Vermögen des Schuldners beschränkt hat (Argument § 772 Abs. 1 B.G.B.).[2])

---

[1]) vgl. R.G. Bd. 6 S. 95.

[2]) Ebenso Düringer-Hachenburg, Kommentar S. 577 Nr. 3.

Ein Notretentionsrecht kann nicht mehr entstehen, wenn das Konkursverfahren schon sein Ende erreicht hat, die Zahlungseinstellung durch Wiederaufnahme der Zahlungen beendigt oder die erfolglose Zwangsvollstreckung infolge Vermögenserwerbs durch den Schuldner oder langen Zeitablaufs nach den Ansichten des Verkehrs nicht mehr in Betracht kommen kann.

Dritter Teil.

Die Wirkungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

§ 11.

1. Allgemeines.

Wir haben im zweiten Teil darzulegen gesucht, welches die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts sind. Wenn diese Voraussetzungen nun vorliegen, so ist der Gläubiger *befugt*, aber nicht *verpflichtet*, das Retentionsrecht auszuüben. Es ist daher nicht ex officio zu berücksichtigen, muß vielmehr stets von dem, der sich darauf beruft, geltend gemacht werden.[1] Diese Geltendmachung hat aber neben der Entstehung des Rechtes die weitere Voraussetzung, daß es nicht wieder erloschen ist.[2] Auch dann kann das Retentionsrecht ausgeübt werden, wenn der Schuldner von der ihm im Abs. 4 des § 361 H.G.B. erteilten Befugnis der Abwendung durch Sicherheitsleistung Gebrauch macht. Wie dies zu geschehen hat, bestimmen die §§ 232—240 B.G.B., indessen ist nach ausdrücklicher Bestimmung des Abs. 3 § 369 H.G.B. die Sicherheitsleistung durch Bürgen ausgeschlossen. Diese Möglichkeit, durch Sicherheitsleistung das Zurück-

[1] vgl. R.G. Bd. 2, 74.

[2] Wann dies der Fall ist, soll im vierten Teil gezeigt werden.

behaltungsrecht des Gläubigers abzuwenden, gewährt das Recht dem Schuldner in der Erwägung, daß die Zurückbehaltung eines bestimmten Gegenstandes dem Schuldner sehr drückend sein kann, während der Gläubiger kein Interesse daran haben wird, gerade diese Sache zurückzubehalten. Ihm ist es ja nur um den Wert des Retentionsobjekts zu tun, der ihm zu seiner Befriedigung verhelfen soll. Sein Interesse ist daher in keiner Weise verletzt, wenn ihm mit anderen Gegenständen Sicherheit geleistet wird.

Was nun die Höhe der zu leistenden Sicherheit betrifft, so richtet sich diese, wenn der Wert des Retentionsrechts die Forderung übersteigt, nach der Höhe der Forderung, wenn er dahinter zurückbleibt, nach dem Wert des Retentionsobjekts. Denn da das Retentionsrecht, wie bereits des öfteren ausgeführt, kein Pressionsrecht ist, sondern lediglich der Sicherung und Befriedigung des Gläubigers dient, so braucht auch die Sicherheit nicht höher zu sein, als zur Sicherstellung der Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist. Andererseits soll die Sicherheitsleistung nur ein Äquivalent für den retinierten Gegenstand sein, braucht aber diesen an Wert nicht zu übertreffen.

Hervorzuheben ist die nach § 240 B.G.B. den Schuldner treffende Pflicht, die ohne Verschulden des Gläubigers unzureichend werdende Sicherheit zu ergänzen oder anderweit Sicherheit zu leisten. Fällt die Sicherheit fort, so lebt das Retentionsrecht wieder auf, es sei denn, daß der Gläubiger den Wegfall verschuldet hat,[1]) natürlich aber nur dann, wenn der Gläubiger die Sachen noch mit Willen des Schuldners im Besitz hat und nicht, wozu er auf Verlangen des Schuldners verpflichtet ist, sie dem sicherheitsleistenden Schuldner restituiert hat.

[1]) Anderer Meinung Makower a. a. O. S. 1052 f.; wie im Text Schlegelberger a. a. O. S. 239.

Das Gesetz schweigt über die Frage, wie lange dem Schuldner die Befugnis, durch Sicherheitsleistung das Retentionsrecht abzuwenden, zur Seite steht.[1]) Man wird annehmen dürfen, daß dies so lange der Fall ist, als der Gläubiger noch nicht die Klage auf Gestattung der Befriedigung angestrengt hat. Denn sobald die Forderung fällig ist, hat der Gläubiger ein Recht, sofort die Befriedigung aus der Sache zu suchen, und er wird sich daher nicht auf Sicherheitsleistung einzulassen brauchen, die ihm unter Umständen erst nach viel längerer Zeit zu seinem Gelde verhelfen würde, als die Erlangung eines vollstreckbaren Titels, die Ankündigung des Verkaufs und der Ablauf der einwöchentlichen Wartefrist in Anspruch nimmt. Dies wäre z. B. möglicherweise dann der Fall, wenn durch Bestellung einer Hypothek an einem inländischen Grundstück Sicherheit geleistet wäre und der Gläubiger erst die Subhastation betreiben müßte.[2])

Nimmt der Gläubiger die ihm rechtzeitig angebotene Sicherheit nicht an, so macht er sich schadensersatzpflichtig, das Retentionsrecht verliert er aber nicht. Indessen kann der Schuldner, wenn der Gläubiger auf Gestattung der Befriedigung klagt, ihm einredeweise die Verweigerung der Annahme der Sicherheit entgegensetzen mit der Wirkung, daß der Beklagte verurteilt wird, die Befriedigung aus dem Retentionsobjekt gegen Ersatz des ihm durch die Verweigerung der Annahme der Sicherheit erwachsenen Schadens zu gestatten.

Was den Betrag betrifft, für den das Retentionsrecht geltend gemacht werden kann, so treten zu der Forderung vereinbarte Konventionalstrafen und vom Augenblicke der Fälligkeit an der Betrag der Zinsen hinzu (arg. § 1210 B.G.B.).

---

[1]) Das allgem. deutsche H.G.B. Art. 315 verlangt „rechtzeitige" Sicherung.

[2]) Ebenso Korn a. a. O. S. 84 f.

In Ermangelung einer abweichenden Vereinbarung wird dieser mit 5 vom Hundert zu berechnen sein (§§ 352, 353 H.G.B.). Hat der Gläubiger Verwendungen auf das Retentionsobjekt gemacht, so kann er auch hierfür ein Retentionsrecht ausüben, insofern er nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag hierzu berechtigt ist (arg. § 1216 B.G.B. und § 1210 II B.G.B.). Diese Bestimmungen, die das Bürgerliche Gesetzbuch für das Pfandrecht trifft, wird man mit Staub (Anm. 56 zu § 369) auch auf das Retentionsrecht analog anwenden dürfen, da es, wenn auch kein Pfandrecht, ebenso wie jenes Sicherung und Befriedigung des Gläubigers bezweckt. Auch die Kosten der Rechtsverfolgung und des Verkaufs der retinierten Gegenstände berechtigen den Gläubiger zur Befriedigung aus dem Retentionsobjekt.

Das Zurückbehaltungsrecht kann bei Teilbarkeit der zu retinierenden Gegenstände nur an so viel Gegenständen oder nur an einem so großen Teil der zu retinierenden Gegenstände geltend gemacht werden, als erforderlich ist, um beim Verkaufe eine der Forderung entsprechende Geldsumme zu erzielen. Es gilt also beim Retentionsrecht nicht der Grundsatz des Pfandrechts: pignoris causa indivisa est: es hat der Gläubiger nicht das Recht, so lange sämtliche retentionsfähige Gegenstände des Schuldners zurückzuhalten, bis dieser ihn auch für den letzten minimalen Bruchteil seiner Forderung befriedigt hat, er muß sich vielmehr mit einem seiner Forderung im Wert entsprechenden Teil begnügen. Dies ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, ist aber aus der Natur des Zurückbehaltungsrechts und aus der Analogie der Kompensation zu folgern.[1])

[1]) So die herrschende Meinung. R.O.H.G. Bde. 2, 383, 18, 276, 12, 254; a. A. Makower a. a. O. S. 1043.

§ 12.

2. Das Recht, die Herausgabe zu verweigern, und das Recht auf Befriedigung aus dem Retentionsobjekt.

Der Gläubiger kann die Herausgabe der in seinem Besitz befindlichen Gegenstände verweigern, vorausgesetzt, daß alle Voraussetzungen für die Entstehung des Retentionsrechts vorliegen und dieses auch zurzeit noch fortbesteht. Er ist nicht verpflichtet, sich sofort Befriedigung aus den Gegenständen zu verschaffen, ebenso wie er auch nur berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, von seinem Retentionsrecht durch Verweigerung der Herausgabe Gebrauch zu machen.

Aber, auch wenn er sich mit der bloßen Zurückbehaltung begnügt, geschieht dies immer in Hinsicht auf die Möglichkeit späterer Befriedigung aus der Sache.

Wird der Gläubiger auf Herausgabe der Sache durch Klage in Anspruch genommen, so erreicht er durch einredeweises Geltendmachen seines Retentionsrechts die Abweisung der Klage. Nicht etwa wird er auf Herausgabe der Sache gegen Befriedigung für seine Forderung verurteilt, wie dies nach § 274 B.G.B. beim Retentionsrecht des bürgerlichen Rechts der Fall ist. Da, wie wir in Teil 1 gezeigt haben, das Retentionsrecht des Handelsgesetzbuches ein in seinem Wesen von dem des bürgerlichen Rechts durchaus abweichendes Rechtsinstitut ist, ist es nicht angängig, die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zu übertragen.[1])

Die bei weitem wichtigste Befugnis, die das Retentionsrecht dem Gläubiger verleiht, ist die, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstand für seine Forderung zu befriedigen

[1]) a. M. Makower a. a. O. S. 1037 ff.

Abs. 1 S. 1 § 370 H.G.B.). Insoweit wirkt das Retentionsrecht ganz wie ein Pfandrecht, es unterscheidet sich aber von diesem dadurch, daß es einen vollstreckbaren Titel voraussetzt. Das Gesetz sagt es ausdrücklich, es wäre aber auch schon ohnehin anzunehmen, daß der Gläubiger, der einen vollstreckbaren Titel für seine Forderung hat, — mag er ihn nun durch eine Urkunde, in der sich der Schuldner der Zwangsvollstreckung unterworfen hat, oder durch Klage erlangt haben — sich im Wege der Zwangsvollstreckung nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung aus dem Gegenstande befriedigen darf. Er ist sogar gehalten, wenn er die Zwangsvollstreckung für die Forderung betreibt, zunächst in die retinierte Sache vollstrecken zu lassen. Zwar wäre eine Vollstreckung in das übrige Vermögen des Schuldners nicht von Amts wegen abzulehnen, aber der Schuldner kann dem Gläubiger hier die exceptio excussionis realis des § 777 C.P.O. entgegenstellen und ihn zunächst auf das Retentionsobjekt verweisen.[1])

Es ist nicht erforderlich, daß der Gläubiger das Retentionsrecht geltend gemacht hat, es genügt, daß es besteht. Der Gläubiger kann aber darauf verzichten.

Wenn § 777 C.P.O. von „beweglichen Sachen" redet, in Ansehung derer dem Gläubiger ein Retentionsrecht zusteht, so sind gemäß dem Sprachgebrauche der Civilprozeßordnung[2]) darin auch die Wertpapiere einbegriffen.

Neben dem Recht, die Zwangsvollstreckung in das Retentionsrecht auf Grund eines für die Forderung erlangten Vollstreckungstitels zu betreiben, steht aber dem

[1]) § 777 C.P.O. lautet: „Hat der Gläubiger eine bewegliche Sache des Schuldners in Besitz, in Ansehung deren ihm . . . ein Zurückbehaltungsrecht für seine Forderung zusteht, so kann dieser der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen . . . widersprechen.

[2]) vgl. z. B. § 808 C.P.O.

Gläubiger noch die Möglichkeit der Befriedigung aus dem Gegenstand offen, auf Grund eines in der Regel mittelst einer Klage erlangten vollstreckbaren Titels, die sich auf das Retentionsrecht selbst stützt. Diese Klage richtet sich auf die Gestattung der Befriedigung. Für sie ist neben dem nach den allgemeinen Vorschriften zuständigen Gericht, also in der Regel dem Gericht, wo der Beklagte seinen Gerichtsstand hat, (§ 130 C.P.O.) oder dem seiner gewerblichen Niederlassung (§ 21 C.P.O.), auch das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Gläubiger seinen allgemeinen Gerichtsstand oder seinen Gerichtsstand der Niederlassung hat. Es wird anzunehmen sein, daß dem Gläubiger das Recht, am Gerichte einer bestimmten von mehreren Niederlassungen des Gläubigers zu klagen, nur dann zusteht, wenn die Forderung auch aus dem Geschäftsbetrieb dieser Niederlassung stammt.[1])

Die Klage wird im ordentlichen Verfahren anhängig gemacht. Der Gesetzgeber hat es, wie die Denkschrift berichtet,[2]) nicht für erforderlich gehalten, ein besonderes abgekürztes Verfahren vorzusehen, zumal auch in einem solchen Verfahren die Entscheidung jedenfalls nicht ohne vorgängiges Gehör des Eigentümers oder Schuldners hätte ergehen können. Zur Begründung der Klage sind die Voraussetzungen der Entstehung des Retentionsrechts, wozu auch die Entstehung und Fälligkeit der Forderung event. im Falle des Notzurückbehaltungsrechts das Vorhandensein der Unsicherheitssymptome gehört, zu behaupten und, falls die Behauptungen bestritten werden, zu beweisen. Der Beklagte ist mit seinen Einwendungen nicht beschränkt. Er kann das Bestehen oder die Fälligkeit der Forderung oder aus sonstigen Gründen die

---

[1]) Ebenso Staub a. a. O. S. 1223 Anm. 7.

[2]) S. 214 der Denkschrift; S. 368 bei Hahn-Mugdan, Materialien.

Entstehung des Retentionsrechts bestreiten oder auch nur die Höhe der Forderung zum Gegenstand von Einwendungen machen.

Beklagter ist regelmäßig der Eigentümer des Retentionsobjektes. Gehört aber dieses dem Gläubiger selbst, liegt also der Ausnahmefall vor, wo ein Retentionsrecht auch an eigener Sache bestehen kann (vgl. S. 22 der Abhandlung), so ist die Klage gegen den Schuldner, also den Eigentümer im wirtschaftlichen Sinne, zu richten. In der Regel wird der Schuldner noch Eigentümer des Retentionsobjektes sein es ist aber auch möglich, daß er das Eigentum durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert hat. Dann ist die Klage gegen den Erwerber, den gegenwärtigen Eigentümer zu richten (§ 371 H.G.B.). Hat jedoch der Gläubiger von dem Eigentumsübergang keine Kenntnis erlangt, sei es selbst infolge grober Fahrlässigkeit, so kann er gemäß § 372 Abs. 1 H.G.B. auch den Schuldner mit der Klage in Anspruch nehmen. Falls zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit der Gläubiger nicht gewußt hat, es vielmehr erst im Verlauf des Prozesses erfährt, daß der Schuldner nicht mehr Eigentümer ist, muß der Dritte, der vom Schuldner das Eigentum durch Vindikationscession erworben hat, ein rechtskräftiges Urteil, das in einem zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner wegen Gestattung der Befriedigung geführten Rechtsstreit ergangen ist, gegen sich gelten lassen (§ 372 Abs. 2 H.G.B.).

Was die Kosten des Prozesses auf die Gestattung der Befriedigung betrifft, so haben wir oben gesehen, daß das Retentionsobjekt *stets* für die Kosten der Befriedigung durch das Retentionsrecht haftet. *Fraglich* ist aber, inwieweit der Schuldner auch *persönlich* zum Ersatz der Kosten verpflichtet ist. Praktisch wird die Frage freilich nicht so leicht werden, da ja (arg. § 367 B.G.B.) der Erlös des Retentionsobjekts

zuerst auf die Kosten zu verrechnen ist. Man wird annehmen dürfen, daß der Schuldner nur dann persönlich für die Kosten haftet, wenn er durch sein Verhalten Anlaß zur Erhebung der Klage gegeben hat (§ 93 C.P.O.). Dies wird dann der Fall sein, wenn er mit Zahlung seiner Schuld im Verzuge ist, oder wenn er im Prozesse das Retentionsrecht bestreitet. Ist die Klage gegen den neuen Eigentümer zu richten, so haftet dieser für die Kosten nicht persönlich, wenn er keinen Anlaß zur Klageerhebung gegeben hat und im Prozesse sofort den Anspruch des Gläubigers anerkennt. Dieser kann aber von dem Schuldner Ersatz der Klagekosten fordern, wenn der Schuldner durch Verzug oder sonstwie Anlaß zur Erhebung der Klage gegen den Dritten gegeben hat.

Hat der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel für sein Recht auf Befriedigung aus der Sache erwirkt, so kann er gemäß § 371 Abs. 2 S. 2 H.G.B. sich nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches befriedigen. Das Gesetz enthält aber in § 371 Abs. 2 S. 2 eine Abweichung von den im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellten Bestimmungen: der Androhung des Verkaufes darf schon nach einer Woche der Verkauf folgen, der Gläubiger braucht nicht, wie nach § 1234 Abs. 2 B.G.B. einen Monat zu warten. Ist der Gläubiger selbst der Eigentümer, und war die Klage gegen den Schuldner erhoben, so finden die hinsichtlich des Eigentümers gegebenen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Befriedigung entsprechende Anwendung auf den Schuldner.

Durch die Bestimmung, daß der Gläubiger berechtigt ist, sich nach pfandrechtlichen Grundsätzen zu befriedigen, hat das neue Handelsgesetzbuch eine sehr wesentliche Änderung gegenüber dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch getroffen. Dieses verlieh dem Gläubiger nur die Befugnis, im Wege der Klage gegen den Schuldner den Verkauf der

Gegenstände zu beantragen, es versagte also gegenüber solchen Gegenständen, aus denen Befriedigung im Wege des Verkaufs nicht zu erlangen war.[1])

Sind die Retentionsobjekte körperliche Gegenstände, Inhaberpapiere (§ 1293 B.G.B.), Orderpapiere mit Börsenpreis (§ 1295 B.G.B.), so erfolgt die Befriedigung durch Verkauf unter entsprechender Anwendung der §§ 1228—1247 B.G.B. Bei anderen Wertpapieren findet, sofern sie ein Forderungsrecht begründen, die Einziehung der betreffenden Geldforderung gemäß § 1282 B.G.B. statt. Für Wertpapiere, die weder der einen noch der andern dieser Gattungen angehören, wie z. B. für Namensaktien ohne Börsenpreis, ist der Weg der Zwangsvollstreckung gegeben.

Wenn das Gesetz sagt (§ 371 Abs. 3 Satz 2): „In Ermangelung des vollstreckbaren Titels ist der Verkauf des Gegenstandes nicht rechtmäßig", so wird man dies extensiv auch bei nicht durch Verkauf erfolgender Befriedigung, so bei der Einziehung der Forderung, anzunehmen haben. Die Wirkung der Nichtrechtmäßigkeit des Verkaufs ist die, daß der Käufer, auch wenn er vom Mangel des vollstreckbaren Titels nichts weiß, nicht Eigentümer wird, es sei denn, daß die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung, in öffentlicher Versteigerung oder, wenn das zu verkaufende Objekt zu den Gold- und Silbersachen gehört, nach der Vorschrift des § 1240 Art. 2 B.G.B.[2]) erfolgt ist (§ 1244 B.G.B.).

Die nachträgliche Erwirkung eines vollstreckbaren Titels heilt diesen Mangel nicht. Der Gläubiger wird dem Schuldner zum Ersatz des durch den unrechtmäßigen Verkauf oder die

[1]) vgl. Denkschrift S. 214; bei Hahn-Mugdan S. 368.

[2]) „Wird ein genügendes Gebot nicht abgegeben, so kann der Verkauf durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person aus freier Hand zu einem den Gold- oder Silberpreis erreichenden Preise erfolgen."

Einziehung entstehenden Schadens verpflichtet, er verliert aber sein Retentionsrecht nicht.[1])

Es ist bestritten, ob der vertragsmäßige Ausschluß des Erfordernisses eines vollstreckbaren Titels zulässig ist, oder ob dies Erfordernis zwingenden Rechts ist.[2]) Man wird mit Makower gegen Staub annehmen dürfen, daß eine Verabredung der Parteien, auch ohne Erwirkung eines vollstreckbaren Titels solle eine Befriedigung aus dem Gegenstand nach den Regeln des Pfandrechts stattfinden dürfen, gültig ist. Man wird Makower zustimmen müssen, wenn er gegenüber Staub behauptet, daß § 1245 B.G.B.[3]) nicht zum Beweise herangezogen werden kann, da § 1245 cit. nicht von den Voraussetzungen des Verkaufs, sondern von den Formen der Durchführung handelt. Überdies wäre er auch, wenn er von den Voraussetzungen handelte, nicht anwendbar, da ja § 371 Abs. 2 S. 1 H.G.B. nur die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches betreffend die Befriedigung aus dem Pfandrecht, nicht auch die über seine Voraussetzungen für anwendbar erklärt.

Dagegen ist das Argument Makowers nicht als zutreffend zu erachten, Art. 316 des alten allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches hätte eine solche Vereinbarung zugelassen, und wenn seine Bestimmungen sich auch nicht mehr ausdrücklich im neuen Handelsgesetzbuch vorfänden, so hätte doch nicht sachlich von ihnen abgewichen werden sollen.

[1]) Ebenso R.G. Bd. 1 S. 285.

[2]) Staub a. a. O. S. 1227 Anm. 28 erklärt eine abweichende Vereinbarung für ungültig; a. M. Makower S. 1067.

[3]) „Der Eigentümer und der Pfandgläubiger können eine von den Vorschriften der §§ 1234—1240 abweichende Art des Pfandverkaufs vereinbaren . . .". „Auf die Beobachtung der Vorschriften der §§ 1235, 1237 S. 1 und des § 1240 kann nicht vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung verzichtet werden."

Art. 316[1] spricht von Rechten des Gläubigers, die vertragsmäßig ausgeschlossen werden können. Hier handelt es sich aber um eine Pflicht des Gläubigers, der sein Retentionsrecht geltend machen will, nämlich sich einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen. Davon, daß auch diese Pflichten ausgeschlossen werden können, sagt der Art. 316 nichts. Es ist aber kein Grund vorhanden, eine solche Vereinbarung auszuschließen. Namentlich ist auch Staubs Argument, es handele sich um einen Ausschluß des Rechtsweges, nicht anzuerkennen, denn wenn der Gläubiger vereinbarungsgemäß ohne Klage auf Gestattung der Befriedigung und ohne vollstreckbaren Titel zur Befriedigung schritte, so bliebe dem Beklagten immer die Klage auf Schadensersatz, falls der Gläubiger ein Retentionsrecht tatsächlich nicht oder nicht in der in Anspruch genommenen Höhe hätte. Es handelt sich also nicht um einen Ausschluß des Rechtsweges, sondern um eine bloße Vertauschung der Parteirollen.

Der Erlös des Retentionsobjekts gebührt dem Retentionsberechtigten vor den übrigen Gläubigern des Schuldners. Dieses Recht steht ihm auch gegenüber der Konkursmasse des Schuldners zu. Der Retentionsgläubiger nimmt am Konkurs nicht teil, er kann vielmehr aus den zurückbehaltenen Gegenständen abgesonderte Befriedigung suchen. Die Konkursordnung bestimmt nämlich in § 49 Ziff. 4, daß „diejenigen, welchen nach dem Handelsgesetzbuch in Ansehung gewisser Gegenstände ein Zurückbehaltungsrecht zusteht", den vertragsmäßigen Pfandgläubigern im Konkurse gleichstehen, denen das Gesetz im § 48 das Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem ihnen verpfändeten Gegenstand verleiht. Es steht dem Gläubiger auch frei, die Gegenstände zurückzubehalten oder sich aus ihnen zu befriedigen. Einen vollstreckbaren

[1] Die in den Art. 313—315 dem Gläubiger gegebenen Rechte treten nicht ein, soweit die Parteien dies besonders vereinbart haben.

Titel zu diesem Zwecke kann er durch Klage gegen den Konkursverwalter erlangen. Für den Gerichtsstand gilt hier dasselbe wie bei der Klage gegen den nicht im Konkurs befindlichen Schuldner: der Gläubiger kann auch bei dem Gericht, in dessen Bezirk er seinen allgemeinen Gerichtsstand oder den Gerichtsstand der Niederlassung hat, klagen. Betreibt der Gläubiger die Realisierung der Retentionsobjekte und ergibt sich hierbei ein Überschuß, so hat er diesen an die Konkursmasse abzuführen, während er, wenn seine Ansprüche durch Verwertung der Gegenstände nicht voll gedeckt werden, berechtigt ist, seine Restforderung als Konkursgläubiger geltend zu machen.

Der Retinent ist nach § 118 K.O. verpflichtet, „von dem Besitze der Sache und von den Forderungen, für welche er aus der Sache abgesonderte Befriedigung in Anspruch nimmt, dem Konkursverwalter innerhalb einer bestimmten Frist Anzeige zu machen. Auch muß er auf Verlangen des Konkursverwalters die Sache zur Ansicht vorzeigen und die Abschätzung derselben gestatten" § 120 K.O.. Gegen Sicherheitsleistung seitens des Konkursverwalters muß er die Sache herausgeben. Ja, der Konkursverwalter hat sogar nach § 127 K.O. das Recht, selbst die Verwertung des Retentionsobjektes zu betreiben; dann kann der Gläubiger nur sein Recht auf den Erlös geltend machen. Ist der Gläubiger befugt, sich aus dem Gegenstande ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen — das ist er dann, wenn er einen vollstreckbaren Titel hat —, so kann auf Antrag des Verwalters das Konkursgericht dem Gläubiger nach dessen Anhörung eine Frist bestimmen, innerhalb welcher er den Gegenstand zu verwerten hat. Nach dem fruchtlosen Ablaufe der Frist findet die Verwertung durch den Verwalter statt.[1])

[1]) Die Befugnis des § 127 K.O. hat den Zweck, einem Rechte, der durch die Beschlagnahme der Verwertung durch den Retinenten den Konkursgläubigern droben kann, abzuwenden.

Damit der Gläubiger das Recht der abgesonderten Befriedigung aus dem Retentionsobjekt hat, ist es erforderlich, daß sein Retentionsrecht schon vor der Eröffnung des Konkurses entstanden ist. Denn andernfalls ist das Retentionsrecht dem Konkursgläubiger gegenüber nach § 15 K.O. unwirksam.[1])

Aber selbst wenn das Zurückbehaltungsrecht bereits vor Ausbruch des Konkurses entstanden war, hilft es, wie wir oben S. 20 der Abhandlung gezeigt haben, nach Ausbruch des Konkurses in einem Falle dem Gläubiger nichts, nämlich im Falle des § 44 K.O., gegenüber der dem Retentionsrechte vorgehenden Verfolgungsklage des Einkaufskommissionärs oder Verkäufers.

[1]) „Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen, sowie Vorzugsrechte und Zurückbehaltungsrechte in Ansehung solcher Gegenstände können nach der Eröffnung des Verfahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden, auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht."

Vierter Teil.

§ 13.

Beendigung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht wird in erster Linie beendigt durch die Erfüllung der Forderung des Gläubigers oder durch die Surrogate der Erfüllung, wie Aufrechnung (B.G.B. § 387), Erlaß (B.G.B. § 397), Anerkenntnis, daß das Schuldverhältnis nicht mehr besteht (§§ 781, 782), Konfusion.

Es endigt ferner bei Untergang des Retentionsobjektes. Gleichgültig ist hierbei, ob dieser durch Zufall oder Verschulden des Gläubigers erfolgt ist.[1] Auch durch Verlust des Besitzes des Gegenstandes endet das Retentionsrecht, und zwar ist es zunächst ohne Einfluß, ob der Gläubiger den Besitz freiwillig aufgegeben hat, oder ob dieser ihm wider seinen Willen entzogen worden ist. Aber während im letzteren Fall das Retentionsrecht wieder auflebt, wenn der Gläubiger den Besitz der Sache wieder erhält, ist es im ersteren ein für allemal erloschen und kann nur event. von neuem entstehen, wenn alle Voraussetzungen hierfür vorliegen.[2]

[1] Eine Streitfrage ist es, ob das Retentionsrecht, falls das untergegangene Objekt versichert war, nun die Versicherungssumme ergreift. Es wird dies zu verneinen sein. Die entgegengesetzte Ansicht dürfte im Gesetz keine Stütze finden. Ebenso Frommhold, Dissertation S. 62; Pick, Dissertation S. 63; Düringer-Hachenburg, Kommentar S. 585; a. A. Korn, Dissertation S. 105 f.

[2] vgl. S. 26 der Abhandlung.

Das Zurückbehaltungsrecht unterliegt den Einreden Dritter, die ein dingliches Recht an den Gegenständen haben, das entweder älter ist als das Retentionsrecht, oder zwar jünger ist, aber nicht auf einem Rechtsgeschäft des Schuldners beruht, vielmehr auf Gesetz. Es gehören also hierher, neben älteren vertragsmäßigen Pfandrechten, die jüngeren gesetzlichen und das des öfteren erwähnte Verfolgungsrecht des Verkäufers oder Einkaufskommissionärs.

Das Zurückbehaltungsrecht erlischt durch Vertrag oder durch Verzicht des Gläubigers. Ein Verzicht liegt auch schon darin, daß der Gläubiger zu einer Zeit, als das Retentionsrecht schon entstanden war, eine mit dem Zurückbehaltungsrecht unvereinbare Verpflichtung gegenüber dem Schuldner übernommen hat.

Ferner wird das Zurückbehaltungsrecht gehemmt durch die Bestellung anderweitiger Sicherheiten, lebt aber bei deren Wegfall wieder auf.[1])

Auch die Anfechtung nach den Grundsätzen der Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im Konkurse (§§ 29–42 K.O.) und außerhalb des Konkurses (Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 in der Neufassung vom 17./20. Mai 1898) bringt das Zurückbehaltungsrecht zum Erlöschen.

Dagegen erlischt das Zurückbehaltungsrecht nicht schon durch den Tod des Schuldners oder des Gläubigers, es bleibt vielmehr für und gegen die Erben bestehen. Auch durch den nachträglichen Verlust der Kaufmannseigenschaft eines der Beteiligten kommt es, einmal entstanden, nicht zum Erlöschen.

Endlich hat, wie wir schon oben erwähnt haben (S. 33), die Verjährung der Forderung nicht die Wirkung, daß nun das Retentionsrecht nicht mehr geltend gemacht werden könnte.

[1]) S. 49 der Abhandlung.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.